



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학전문석사 학위논문

행정법상 세입자보상에 관한 연구

2018 년 2 월

서울대학교 법학전문대학원

법학과

문 제 윤

행정법상 세입자보상에 관한 연구

지도교수 김 종 보

이 논문을 법학전문석사 학위논문으로 제출함
2017 년 10 월

서울대학교 법학전문대학원
법학과
문 제 윤

문제윤의 법학전문석사 학위논문을 인준함
2017 년 12 월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

공익사업의 시행으로 인해 주거 공간 및 경제활동의 공간을 상실하는 자들 중 대다수는 토지 및 건물의 소유자가 아닌 세입자이다. 그럼에도 이들에 대한 보상여부가 불분명한 것은 경제적으로 취약한 세입자를 위한 충분한 보호가 되지 않을 뿐만 아니라 사업의 진행에도 커다란 장애가 된다. 세입자보상에 대한 이해에서 가장 중요한 것은 입법된 생활보상 항목뿐만 아니라 입법의 필요성이 큰 생활보상 항목도 헌법 제23조 제3항에 근거하는 재산권의 공용침해에 대한 보상이라는 점이며, 그 보상은 정당한 보상의 수준에 이르러야 한다는 것이다. 따라서 생활보상의 일종으로 이해되는 세입자보상의 문제도 전통적인 손실보상 체계 안에서 바라보아야 하며, 손실보상과 관련된 원칙이 아울러 적용되어야 한다.

주택세입자에 대한 보상항목으로 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」은 주거이전비와 이사비 등을 인정하고 있으며, 소유자에게 인정되는 이주대책은 세입자보상에서 제외하고 있다. 특히 정비사업과 관련하여 주거이전비의 산정 및 지급시기, 지급요건 등에 대한 해석이 명확하지 않아 문제된다. 상가세입자에 대한 보상은 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 영업손실보상만이 규정되어 있는 등 주택세입자보상에 비하여 매우 불충분하다. 이에 사회적으로 많은 문제가 된 ‘권리금 보상’에 대해 살펴볼 필요가 있다. 권리금에 대한 공용침해를 인정하여 정당한 보상이 이루어져야 하지만, 정당한 보상이 수수된 권리금을 모두 지급하는 것을 의미하는 것은 아니다. 한편, 권리금 보상을 둘러싼 논쟁이 「상가건물 임대차보호법」의 개정을 통해 마무리되었는데 이는 수용과 보상이라는 공법적인 문제의

식을 민사적인 방법으로 해결하고자 한 것으로 많은 한계점을 안고 있다.

세입자의 사용수익권에 대한 별도의 수용이 이루어지지 않아 많은 사업에서 세입자에 대한 보상의 가능성이 막혀있다. 이 문제는 정비사업에서 보다 뚜렷하게 드러난다. 정비사업의 시행자는 통상 「도시 및 주거환경정비법」의 사용수익 정지조항을 통해 세입자가 점유하는 건물에 대한 명도청구소송을 한다. 이에 손실보상이 완료되지 않은 경우에는 사용수익이 정지되지 않는다는 규정이 있으나, 재개발사업의 찬성조합원이나 재건축사업의 조합원들에 대하여는 수용 자체가 이루어지지 않기 때문에 보상을 받지 못한 세입자를 ‘손실보상이 완료되지 않은 권리자’로 볼 수 있는지 불분명하다. 이를 해결하기 위해 세입자보상의 문제도 손실보상의 문제로 파악하고, 세입자에 대한 별도의 수용 근거를 마련해야 한다. 이를 위한 첫 단계로 세입자보상을 청구하는 소송이나 명도청구소송을 모두 공법적 법률관계로 파악하여 공법상 당사자소송의 형태로 소송이 수행되도록 하여야 한다.

주요어 : 세입자보상, 재산권, 손실보상, 생활권보상, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률, 도시 및 주거환경정비법

학 번 : 2015-25642

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 배경	1
제 2 절 연구의 목적 및 범위	3
제 2 장 보상법과 세입자	4
제 1 절 서설	4
제 2 절 전통적인 손실보상 제도	5
I. 행정상 손실보상제도의 의의	5
II. 손실보상 제도의 법적 근거	6
III. 손실보상의 주요 원칙	16
제 3 절 생활권침해에 대한 보상	19
I. 생활권보상의 의의	19
II. 생활권보상의 법적 근거	20
제 4 절 세입자보상제도 개관	28
I. 서설	28
II. 세입자의 의의	28
III. 세입자보상의 법적 성격	30
제 3 장 주택세입자보상	34
제 1 절 서설	34
제 2 절 토지보상법상 주택세입자보상	35
I. 주거이전비	35
II. 이사비	48
III. 이주대책	49

제 3 절 그 외 법률의 주택세입자보상	51
I. 임대아파트	51
II. 공사 기간의 이주대책	52
제 4 장 상가세입자보상	54
제 1 절 서설	54
제 2 절 상가세입자에 대한 보상내용	55
I. 영업손실보상	55
II. 기타 보상항목	63
제 3 절 상가세입자와 권리금	65
I. 권리금의 의의	65
II. 권리금 보상의 필요와 방법	67
제 5 장 세입자와 수용소송	73
제 1 절 서설	73
제 2 절 정비사업과 세입자	74
I. 정비사업의 의의	74
II. 도시정비법과 세입자의 권리·의무	75
제 3 절 명도청구소송과 보상금의 지급	85
I. 재개발사업의 세입자	85
II. 재건축사업의 세입자	87
III. 세입자에 대한 별도의 수용조항의 필요성	89
제 6 장 결론	95
참고문헌	98
Abstract	103

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 배경

용산구 국제빌딩주변 제4구역 도시환경정비사업지구 내에서 세입자보상을 둘러싸고 조합과 세입자 측의 갈등이 발생하여 많은 인명 피해가 발생한 지 9년에 가까운 시간이 흘렀다. 그러나 여전히 많은 사업지구에서 세입자보상이 분쟁의 주요원인으로 떠오르고 있으며, 해결되지 않은 채로 남아있다. 세입자보상을 둘러싼 논쟁을 해결하는 것을 더욱 어렵게 만드는 원인으로 다음과 같은 세 가지 측면의 문제를 들 수 있다.

첫째, 세입자보상 또한 손실보상 체계에 편입되어야 한다는 것에 대한 합의가 이루어지지 않았다. 세입자보상에 대해 입법정책적, 사회보장적 성격을 인정 한 논의는 많으나, 이와 같은 논의들은 세입자보상이 정면으로 재산권 침해에 대한 보상이라는 점을 인정하는 데에는 대체로 소극적이다. 그러나 극단적인 분쟁상황에서 세입자들이 주장했던 것은 재산권 침해에 대한 보상이므로, 세입자보상의 헌법적 근거에 대한 보다 면밀한 검토가 필요하다.

둘째, 세입자에 대한 수용절차가 마련되어 있지 않기 때문에 보상과의 분명한 건련관계 또한 드러나지 않는다. 세입자보상에 관한 조문들이 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 ‘토지보상법’이라 한다), 「도시 및 주거환경정비법」(이하 ‘도시정비법’이라 한다) 등에 불규칙적으로 생겨났지만 세입자에 대한 수용의 근거는 별도로 규정되지 않았기 때문에 수용과 보상의 연결관계가 잘 보이지 않게 되었다. 수용과의 건련성이 약한 보상 규정은 결국 보상규정으로서의 기능을 제대로 하지 못하기 때문에 보상을 더욱 어렵게 만든다.

셋째, 세입자보상에 관한 논의가 ‘소유자-세입자’로 나타나는 민사적 관계에서 마무리되는 문제가 존재한다. 이는 ‘세입자’라는 지위의 근거가 되는 임대차계약 등이 민사적 계약이라는 점에서 필연적으로 발생하는 문제이다. 그러나 단순한 보증금, 전세금 반환 등의 문제가 아닌 보상 문제는 공익사업의 시행에 따라 발생하는 문제이며, 민사적인 해결은 공익사업의 공법적 성격과 맞지 않으므로 문제된다.

이에 본고는 위에서 열거한 세 가지의 문제를 지적하고, 재산권보상적 성격, 수용과의 관계, 공법적 성격을 중심으로 세입자보상에 대하여 연구하고자 한다.

제 2 절 연구의 목적 및 범위

본 연구는 기존 보상법의 체계에서 세입자보상의 위치를 규정하는 것에서 시작하여 대표적인 세입자보상 항목들과 관련 쟁점들을 주택세입자와 상가세입자로 나누어 살펴보고자 한다. 동시에, 정비사업에서 세입자보상이 원활하게 이루어지지 못하는 이유와 그 해결방안을 사업시행자의 명도청구 문제와 연관 지어 논의하고자 한다.

제2장에서는 세입자보상의 법적 성격을 파악하기 위한 선행연구로 전통적인 손실보상과 생활권보상의 개념과 법적 근거를 알아본다. 이후 위에서 도출한 생활권보상 항목의 헌법적 근거를 개별 항목에 따라 파악해야 할 필요성을 바탕으로 세입자보상의 개념과 법적 근거를 논한다.

이어서 구체적인 보상항목들을 연구하며, 각각의 보상항목들에서 문제되는 법적 쟁점들을 살펴본다(제3장, 제4장). 재산권에 대한 정당한 보상인지를 기준으로 어떤 요건을 갖춘 자에게 보상할 것인지가 주된 문제이다. 제3장에서는 세입자보상에서 가장 큰 부분을 차지하는 주택세입자보상 항목을 살펴본다. 주택세입자보상 중 대표적인 항목인 주거이전비와 이사비가 보상법의 일반법적 성격을 가지고 있는 토지보상법에 위치하기 때문에 토지보상법에 있는 보상 항목들과 기타 법률에 존재하는 보상항목들을 나누어 논의하고자 한다. 제4장에서는 최근 다수의 분쟁에서 논란이 되고 있는 상가세입자보상 항목 중 영업손실보상과 권리금을 위주로 살펴본다. 특히 권리금보상에 관한 분쟁을 민사적으로 해결하려는 태도를 비판하고 공법적인 해결방안을 도모하고자 한다.

마지막으로 제5장에서는 정비사업에서 세입자보상이 문제되는 국면을 재개발사업과 재건축사업을 중심으로 살펴보고자 한다. 정비사업의 진행과정에서 세입자에 대한 별도의 수용절차가 마련되어 있지 않기 때문에 생기는 문제점과 그 해결방안에 대해 논의한다.

제 2 장 보상법과 세입자

제 1 절 서설

세입자에 대한 개별 보상항목을 논하기 전에 보상법 체계에서 세입자 보상의 위치를 파악할 필요가 있다. 먼저, 전통적인 손실보상의 체계는 헌법 제23조 제3항에 의한 재산권 침해에 대한 보상을 중심으로 짜여 왔다. 본 장의 제2절에서는 전통적인 의미의 재산권보상인 손실보상의 의의와 법적 근거 등을 먼저 다루고자 한다.

시간이 지나면서 이와 같은 대물적 보상으로는 해결되지 않는 손실들을 전보하기 위하여 ‘생활권보상’이라는 개념이 등장하였다. 세입자는 공익사업 구역에 있는 대지 및 건축물을 수용당하는 대상은 아니라는 점에서 세입자보상 항목의 대부분이 이와 같은 생활권보상으로 이해되었다. 이와 같은 이유로 세입자보상의 항목들과 생활권보상의 개념 정립은 불가분적으로 관련되어 발전해왔으며, 세입자보상의 성격을 파악하기 위해 생활권보상의 성격을 파악하는 일이 선행되어야 한다. 이를 위해, 제3절에서는 생활권보상 항목들을 입법여부와 필요성 정도에 따라 분류하여 법적 근거를 살펴볼 것이다.

본 장의 제4절에서는 이 글의 주제인 세입자보상의 개념과 법적성격에 관하여 논하고자 한다. 이를 위해 세입자보상의 대상인 세입자의 의의와 유형, 공익사업에서 세입자가 입는 손실에 관하여 살펴볼 것이다.

제 2 절 전통적인 손실보상 제도

I. 행정상 손실보상 제도의 의의

행정상 손실보상이란 공공필요에 의한 적법한 공권력행사에 의하여 개인의 재산에 가하여진 특별한 손해에 대하여 전체적인 평등부담의 견지에서 재산적으로 보상해주는 것을 의미한다.¹⁾ 도로나 공원을 건설하는 등의 공공사업을 할 때에는 개인의 특정 재산을 취득 또는 사용하거나 그 이용방법을 제한할 필요가 생기며, 이처럼 재산권에 특별한 손해가 가해지면 그에 대한 보상의 필요성도 자연히 생기게 된다. 손실보상의 개념정의에는 다소간 차이가 있으나, 그 내용이 당사자의 귀책사유 없이 공익적 견지에서 이루어진 재산권의 박탈에 대한 전보라는 점에 대해서는 대체로 일치한다.²⁾

재산권의 보장은 통상 존속보장과 가치보장으로 나뉜다. 존속보장은 재산권자가 재산권을 보유하고 향유(사용·수익·처분)하는 것을 보장하기 때문에 보다 본질적으로 재산권을 보장하는 방법이다. 이에 반해, 가치보장은 재산권의 공권적 침해가 행해지는 경우 이미 존속보장이 불가능해진 상황에서 금전적 가치 등을 보전해주는 조치이기 때문에 사후적이고 간접적이라고 볼 수 있다.

헌법 제23조 제1항에서의 재산권보장은 기본권주체가 향유하고 있는 재산권의 존속 그 자체를 확보하는 것을 우선으로 하므로³⁾, 존속보장은 가치보상보다 우선시되어야 한다. 따라서 재산권 침해는 매우 엄격한 요건 하에 이루어져야 하고, 예외적으로 허용되는 경우라 하더라도 그 보

1) 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2016, 601면.

2) 이는 불법적인 행위에 대한 배상을 요체로 하는 국가배상과는 다른 차원에서 발달되어온 개념이다.

3) 김남진, 「재산권의 가치보장과 존속보장」, 『월간고시』, 1989. 5, 31면 이하.

상을 함에 있어서는 재산권의 중요성과 현대사회의 가치를 충분히 고려하여야 한다.⁴⁾ 이 중 손실보상 제도는 대표적인 가치보장 실현 제도이다. 공공필요에 의한 공용침해가 전제되고 보상금을 지급함으로써 재산권의 존속보장을 가치보장으로 전환한다.⁵⁾

II. 손실보상 제도의 법적 근거

1. 헌법의 재산권 보장

헌법 제23조 제1항은 모든 국민의 재산권은 보장되고, 그 내용과 한계는 법률로 정한다고 하여 사유재산제도를 보장하고 있다. 헌법 제23조가 보장하는 재산권은 민법상의 소유권보다 넓은 개념으로 경제적 가치 있는 모든 공법상의 권리와 사법상의 권리를 뜻한다.⁶⁾ 동조에서 말하는 재산권 보장은 개인이 현재 누리고 있는 재산권을 개인의 기본권으로 보장한다는 것과 개인이 재산권을 향유할 수 있는 법적 제도로서의 사유재산제도를 보장한다는 것의 이중적 의미를 가지고 있다는 것이 헌법재판소의 견해이다.⁷⁾

2. 재산권의 제한과 그 한계

가. 재산권 제한이 허용되는 경우

헌법은 제23조 제1항에서 재산권을 보장함과 동시에, 동조 제2항과

4) 김연태, 「공용수용의 요건으로서의 공공필요」, 『고려법학』, 제48호, 2007, 86면.

5) 박균성, 『행정법론(上)』, 박영사, 2016, 871면.

6) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2015, 700면.

7) 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 92헌바20 결정 참고. 종래 재산권보장의 법적 성격과 관련하여 자유권적 기본권설, 제도보장설이 주장되어왔으나, 현재는 헌법재판소의 견해와 같이 권리와 제도를 동시에 보장하는 것이라는 절충설이 지배적인 견해이다. 김연태, 앞의 논문(공용수용의 요건으로서의 ‘공공필요’), 85면 이하 참고.

제3항에서 헌법이 규정하는 요건을 갖춘 경우에는 예외적으로 재산권을 제한할 수 있도록 하였다.⁸⁾ 다른 기본권과 달리, 헌법 조항에 의해 재산권의 내용뿐만 아니라 한계까지 법률에 명시적으로 유보되어 있다는 점에서 재산권의 보장 강도가 다른 기본권에 비해 더 낮다는 점을 유추할 수 있다.⁹⁾

원칙적으로 헌법은 사유재산제도뿐만 아니라 국민의 구체적인 재산권의 이용·수익·처분을 보장하고 있으며, 이는 대국가적 효력을 보유하기 때문에 국가는 국민의 재산권을 함부로 침해할 수 없다(재산권의 존속보장). 다만 헌법 제23조 제3항은 예외적으로 재산권의 제한이 허용되는 경우를 특별히 정함과 동시에 그 경우의 보상의무를 정하고 있다(재산권의 가치보장). 헌법 제23조 제3항에 의해 공용수용·공용사용·공용제한이 있을 경우 재산권을 제한할 수 있지만, 그 침해의 목적이 공공필요를 위한 것이어야 하며, 침해되는 재산권에 상응하는 정당한 보상이 있어야 한다.

나. 공용침해

공용수용 · 공용사용 · 공용제한은 ‘공용침해’라는 용어로 포괄할 수 있다. 이 중 공용수용은 공공필요를 위하여 타인의 토지를 강제적으로 취득하는 것을 말한다. 이는 토지보상법에서 사용하는 수용재결에 국한된 용어는 아니고 공공필요에 의한 재산권 박탈을 모두 총칭하는 개념이다.¹⁰⁾ 따라서 실정법에서 사용하는 수용이라는 용어에 포섭되지 않더라도 실질적으로 수용권능이 부여되는 경우가 있다.¹¹⁾ 공용사용은 공용수

8) 헌법재판소 2014. 10. 30. 선고 2011헌바172 결정 등 참고.

9) 김종보, 「택지개발사업과 환매권의 헌법문제」, 『행정법연구』 제17호, 285면.

10) 김종보, 「재개발사업의 철거와 세입자보상」, 『행정법연구』 제23호, 112면.

11) 도시정비법상 재건축사업에서 사업시행자에게 부여되는 매도청구권(도시정비법 제39조)도 소유자의 의사에 반한 소유권 박탈이라는 점에서 수용권능이 들어있다고 볼 것이다. 실제로 도시정비법 체계에서 매도청구 조문은 토지 등의 수용 또는 사용 조문(도시정비법 제38조)의 바로 다음에 위치한다.

용처럼 재산권 박탈에는 이르지 않지만 공공필요를 위하여 특정인의 토지 등 재산을 강제로 사용하는 것을 말한다. 마지막으로 공용제한은 특정한 공익사업 기타의 복리행정을 위하여 개인의 재산권에 가하여지는 행정법상의 토지이용규제나 제한을 말하며,¹²⁾ 그 정도가 공용사용이나 공용수용의 정도에 이르러야 한다.

다. 제23조 제3항의 요건

(1) 법률에 의한 제한

헌법 제23조 제3항은 재산권의 공용침해 뿐만 아니라 보상도 ‘법률로써’ 이루어져야 한다고 밝히고 있으므로, 재산권의 제한은 형식적 의미의 법률에 의해서만 가능하다. 따라서 법률의 위임으로 명령, 규칙, 조례 등에 재산권을 제한하는 권한을 위임하는 것은 최소한도로 이루어져야 하며, 법률의 위임이 전혀 없이 명령, 규칙, 조례만을 근거로 공용침해를 행하는 것은 허용되어서는 안 된다.¹³⁾

(2) 공공필요

동 조항에 의하면 ‘공공필요’가 있을 때 재산권 제한이 보상에 의해 정당화될 수 있다. 헌법재판소는 공공필요의 개념을 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로 해석

이와 유사한 경우로 도시개발법상 구획정리사업에서 이루어지는 환지처분(도시개발법 제40조, 제42조)이 있다. 환지처분에 의해 모든 토지의 소유권이 일시 수용되었다가 토지소유자의 일부에게는 환지가 부여되고, 청산대상자는 물권적 권리관계로부터 배제되며, 시행자에게는 체비지가 부여된다. 이 경우 환지를 지정받지 못하는 이해관계인에 대하여는 토지수용과 동일한 효과를 발생시킨다. 자세한 것은 김종보, 「토지구획정리사업법상 환지처분의 실질」, 『행정법연구』 제4호, 1999. 참고.

12) 배명호, 「공법상 제한을 받는 토지에 대한 손실보상」, 『토지공법연구』 Vol. 79, 2017, 94면.

13) 정종섭, 앞의 책(헌법학원론), 713면.

해왔다.¹⁴⁾ ‘공공필요’의 개념을 ‘공익성’과 ‘필요성’으로 나누어 본 것이다.

특히 ‘공공필요’의 개념과 관련하여 법률에 의한 기본권 제한을 정하고 있는 헌법 제37조 제2항의 ‘공공복리’ 개념과의 관계가 문제된다. 최근 헌법재판소는 지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률 제18조 제1항 등에 대한 위헌소원에서 헌법 제23조 제3항의 ‘공공필요’가 헌법 제37조 제2항의 ‘공공복리’보다 더 좁은 개념이라고 판시하였다.¹⁵⁾ 헌법재판소의 결정이 나오기 이전부터 우리 학계에는 공공필요가 공공복리보다 좁은 개념이라는 견해, 공공필요가 공공복리보다 넓은 개념이라는 견해, 공공필요와 공공복리가 동일한 개념이라는 견해 등이 대립해왔다.¹⁶⁾ 입법연혁상 재산권의 보장강도가 다른 기본권에 비해 낮게 설정되어 있기 때문에 헌법학계에서는 헌법재판소와 반대의 견해를 취하는 경우가 많았다.

헌법 제23조 제3항의 공공필요는 헌법 제37조 제2항의 공공복리에 비해 좁은 개념이라고 생각한다. 제37조 제2항의 ‘공공복리’는 공용침해에 이르는 기본권의 박탈 또는 이에 준하는 제한¹⁷⁾뿐만 아니라 단순한 제한까지 포섭하는 개념이기 때문에 동일한 평면에서 비교하기 힘들다.¹⁸⁾ 공용침해를 구성하는 공용수용, 공용사용, 공용제한을 열거한 취지를 고려할 때,¹⁹⁾ 헌법 제37조 제2항의 ‘공공복리’ 정도의 수준만 충족

14) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 92헌바14 결정; 헌재 2000. 4. 27. 선고 99헌바58 결정; 헌법재판소 2011. 4. 28. 선고 2010헌바114 결정 등 참조.

15) 헌법재판소 2014. 10. 30. 선고 2011헌바172 결정.

16) 공공복리와 공공필요에 관한 한국학계의 오랜 논쟁에 관한 내용은 홍강훈, 「헌법 제37조 제2항의 “공공복리”와 제23조 제3항의 “공공필요”의 관계에 관한 연구 — 헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172등 결정에 대한 평석 —」, 『공법연구』 Vol.45 No.1, 2016, 186면 이하 참조.

17) 헌법 제23조 제3항의 공용제한이 단순한 재산권의 제한이 아닌 공용수용이나 사용 정도에 이르는 수준이어야 함은 전술한 바 있다.

18) 김종보, 「택지개발사업과 환매권의 헌법문제」, 『행정법연구』 제17호, 2007, 300면.

되어도 공용침해가 가능하다고 보는 것은 재산권의 존속보장을 형해화할 소지가 있다. 이러한 견해에 의하면 헌법 제37조 제2항의 ‘법률에 의한 기본권 제한’에 의해 재산권을 침해할 수 없으며, 공익사업을 위한 공용침해가 이루어질 때에는 불가피한 공익적 목적이 있어야 한다.²⁰⁾ 따라서 공행정주체에 의해 정치·경제·사회적으로 중요하고 유익한 것으로 간주되는 사업이나 계획 또는 국가의 재정확충을 위한 공용침해라고 하더라도 모두 정당화될 수는 없는 것이다.²¹⁾ 공공필요는 그 사회의 제반 상황에 따라 그 때 그 때 입법자에 의해 구체화되며, 사법적 통제를 받는 상대적인 개념이므로²²⁾, 이미 입법화된 공용침해라고 하더라도 현시대에는 공공필요가 인정되지 않아 위헌적인 것으로 평가받을 수도 있다.²³⁾

(3) 정당한 보상

헌법 제23조 제3항에는 보상이 개념요소로 들어 있으므로, 보상이 결부되지 않은 공용침해에는 위헌의 소지가 있다. 이에 법률에 의한 공용침해는 있지만 보상에 대한 실정법적 근거가 없는 경우 동 조항을 통해 바로 재산권보상을 청구할 수 있는지 문제될 수 있다. 이에 대해 아래 ‘4. 실정법적 근거’에서 논한다.

19) 김종보, 「계획제한과 손실보상 논의의 재검토」, 『부동산법학』 제5권 제5호, 1999, 29면.

20) 김성수, 「행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재조명」, 고시계 통권 제473호, 1996, 121면.

21) 정연주, 「토지재산권의 범위와 공용침해」, 『토지공법연구』 제43집 제1호, 2009, 317면.

22) 정연주, 앞의 논문(토지재산권의 범위와 공용침해), 316면.

23) 일례로 택지개발촉진법은 1980년대에 도시지역의 시급한 주택난을 해소하기 위해 택지의 취득 등에 관해 특례를 정하기 위한 목적으로 제정되어(동법 제1조) 분당과 같은 신도시 탄생에 큰 역할을 했다. 하지만 현재 주택보급률이 100%에 이르는 시점에서 대규모 주택건설은 더 이상 재산권 침해를 정당화하는 강한 공공필요라고 볼 수 없다는 판단 하에 동법은 2014년 9월 1일 부동산 종합대책에 의해 폐지되었다. 택지개발촉진법이 폐지되기 전 공공필요의 요청을 충족하지 못한다는 이유로 위헌적 소지를 지적했던 논문으로는 김종보, 앞의 논문(택지개발사업과 환매권의 헌법문제) 참고.

이 때 보상은 ‘정당한 보상’일 것이 요구된다. ‘정당한 보상’의 기준에 관하여²⁴⁾ 우리나라 다수의 견해인 완전보상설에 의하면 피침해재산의 객관적 가치의 보상과 함께 부대적 손실의 보상도 이루어져야 하며, 헌법재판소도 이와 유사한 견해를 취한 바 있다.²⁵⁾ 이에 상당보상설은 정당한 보상이 완전보상을 상회하거나 하회할 수 있다고 보는 견해로, 피해이익의 성질 및 정도뿐만 아니라 침해행위의 공공성도 고려해야 한다고 본다.

3. 이론적 근거

가. 특별희생설

손실보상의 이론적 근거에 대한 현재의 통설은 ‘특별희생설’이다. 특별희생설에 의하면 공익 목적으로 개인이 부담한 특별한 희생은 이를 공동체 전체의 부담으로 하여 보상하는 것이 정의·공평의 요구에 합치된다. 이는 평등의 원칙과도 밀접하게 관련되는 개념이며, 공동체를 위한 공익목적상 특정 국민에게 ‘특별한 손해’가 발생한 경우 당해 국민은 다른 국민에 비해 불평등한 상태에 놓인 것으로 본다. 이 손해를 보정하지 않는 것이 평등의 원칙에 반하며, 손해를 전보해주는 과정을 통해 이 불평등이 제거되는 것이다.²⁶⁾

나. 분리이론과 경계이론

특별희생설의 가장 큰 문제는 특별한 희생 여부를 판단하는 것이 용이하지 않다는 점이다.²⁷⁾ 예컨대 헌법재판소는 구 도시계획법상 개발제

24) 이하 자세한 박균성, 앞의 책(행정법론(上)), 894-895면 참고.

25) 헌법재판소 1990. 6. 25. 선고 89헌마107 결정.

26) 박균성, 앞의 책(행정법론(上)), 869면.

27) 홍정선, 『행정법특강』, 2014, 560면.

한구역지정과 관련한 사안에서 이를 특별한 희생이 아닌 재산권의 사회적 제약²⁸⁾의 범주로 보았지만, 더 이상 종래의 목적으로 사용하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란하게 된 경우에는 사회적 제약의 한계를 넘는 것²⁹⁾으로 보았다.³⁰⁾

이와 같은 헌법재판소의 태도는 독일 연방헌법재판소가 취하고 있는 분리이론에 입각하고 있는 것이다.³¹⁾ 분리이론에 의하면 재산권의 내용 및 한계규정과 수용은 침해의 형태와 목적에 따라 구별되는 것이며 양 제도는 서로 다른 기능을 충족시키고 엄격하게 구별되는 개념이다.³²⁾ 동 견해에 의하면 재산권의 내용과 한계규정에 해당함에도 재산권의 보호영역에 해당하는 행위를 불가능하게 하거나 현저히 제한하는 경우, 비례성 원칙 위반으로 보상의무를 발생시키는데,³³⁾ 이를 ‘조정적 보상’이라고 한다. 이는 공용침해시 발생하는 정당보상과 구별하기 위한 개념으로, 비례성 원칙에 따라 과잉부담을 상계해주는 성격의 보상이다.³⁴⁾

한편 경계이론에 의하면 사회적 기속과 공용침해는 재산권 침해정도의 차이로 구별되는 것으로, 사회적 기속에 의한 재산권 침해가 특별희생 또는 수인한도를 넘어서는 경우 보상을 필요로 하는 공용침해가 된다.³⁵⁾ 즉 헌법 제23조 제1, 2항에서 문제되는 재산권 침해가 일정 정도를 넘어서면 헌법 제23조 제3항의 수용의 문제로 전환된다는 이론으로, 경계이론에서는 그 경계를 설정하는 것이 문제된다.

헌법재판소는 개발제한구역 지정을 재산권의 사회적 기속으로 보고 수인

28) 헌법 제23조 제1항, 제2항의 문제

29) 헌법 제23조 제3항의 문제

30) 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214 전원재판부.

31) 김동희, 앞의 책(행정법 I), 611면.

32) 이부하, 「재산권의 존속보장과 재산권에 관한 법이론 - 경계이론과 분리이론의 비교고찰을 중심으로」, 『공법학연구』 제9권 제3호, 2008, 337면.

33) 이부하, 앞의 논문(재산권의 존속보장과 재산권에 관한 법이론), 340면.

34) 이부하, 앞의 논문(재산권의 존속보장과 재산권에 관한 법이론), 341면.

35) 이부하, 앞의 논문(재산권의 존속보장과 재산권에 관한 법이론), 337면

한도를 넘는 경우의 조정적 보상의 필요하다고 하였다. 그러나 우리 헌법이 공용침해를 ‘재산권의 수용·사용·제한’으로 넓게 규율했다는 점에서 재산권의 제한에 해당하더라도 보상의 필요성이 대두되는 경우에는 모두 헌법 제23조 제3항의 문제로 파악하는 것이 타당하며,³⁶⁾ 이 경우 정당한 보상을 해야 한다. 분리이론에서 말하는 ‘조절적 보상이 필요한 침해’의 경우 우리 헌법 제23조 제3항의 ‘공용제한’에 모두 포섭되어 보상의 무가 부과되므로 우리 헌법 체계에서는 조절적 보상 자체가 필요하지 않다는 견해도 비슷한 맥락이다.³⁷⁾

4. 실정법적 근거

가. 불가분조항과 실정법적 근거의 요부

헌법은 제23조 제3항에서 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 ‘법률로써’ 하여야 한다고 밝히고 있다. 이는 수용과 보상이 하나의 동일한 법률에서 규정될 것을 요구하는 불가분조항이며,³⁸⁾ 보상이 결부되지 않은 공용침해는 위헌이라는 의미가 된다.³⁹⁾ 그렇다면 보상규정을 두지 않은 법률에 의한 재산권침해가 일어났을 때

36) 김동희, 앞의 책(행정법 I), 613면.

37) 홍강훈, 「분리이론·경계이론을 통한 헌법 제23조 재산권조항의 새로운 구조적 해석」, 『공법연구』 제42집 제1호, 2013, 640면.

38) 홍정선, 앞의 책(행정법특강), 555면. 판례도 같은 취지, “...헌법의 규정은 보상청구권의 근거에 관하여서 뿐만 아니라 보상의 기준과 방법에 관하여서도 법률의 규정에 유보하고 있는 것으로 보아야 하고, 위 구 토지수용법과 지가공시법의 규정들은 바로 헌법에서 유보하고 있는 그 법률의 규정들로 보아야 한다...” (대법원 1993. 7. 13. 선고 93누2131 판결)

39) 건축법은 도로지정의 요건으로서 이해관계인의 동의를 구하며, 이해관계인의 동의가 있으면 손실보상을 배제할 수 있다는 태도를 취하고 있으며(건축법 제45조 제1항), 동조항 각호에서는 동의를 받지 않고 건축위원회의 심의를 거쳐 도로를 지정할 수 있는 경우를 나열하고 있다. 도로의 개별적 지정도 소유권박탈이 일어나지 않을 뿐 사실상 수용과 같은 효과를 가져, 건축법상 도로지정 조문은 공익목적에 의해 재산권을 침해하면서 보상을 결부시키지 않았다는 점에서 위헌 소지가 있다. 자세한 것은 김종보, 「막다른 도로와 손실보상」, 『현대공법학의 과제』, 청담최송화교수 화갑기념논문집, 2002 참고.

사인은 어떻게 보상받을 수 있을까? 이는 실제로 손실보상청구권이 발생하기 위하여 실정법적 근거가 필요한지에 관한 논의와 관련이 있다. 특별한 희생이 있으면 보상이 지급되어야 한다는 이론적 근거에 대해서는 학설상 일치가 있지만, 실정법적 근거의 요부에 대해서는 견해의 대립이 있다. 이에 대해 손실보상에는 실정법적 근거가 필요하다는 입장⁴⁰⁾과 실정법적 근거가 없는 경우 재산권과 공적부담 앞의 평등원칙 등의 이론적 근거가 손실보상의 직접적 법적 근거가 될 수 있다⁴¹⁾는 입장이 대립한다.

나. 학설의 대립

(1) 위헌무효설

위헌무효설은 헌법 제23조 제3항을 재산권의 수용·사용 또는 제한과 손실보상을 하나로 묶어서 규정해야 한다는 결합조항을 명문화한 것으로 본다.⁴²⁾ 이 견해에 따르면 보상 없이 재산권 침해만 규정되어 있는 법률은 원칙적으로 위헌이고 무효이며, 헌법 제23조 제3항은 보상청구권의 직접적인 근거규정이 아니고 입법자에 대한 구속규정이 된다.⁴³⁾ 위헌무효설의 문제는 실제로 공용침해가 일어나고 보상을 받지 못했을 때 헌법 제23조 제3항에 근거해 손실보상을 청구할 수 없다는 데에 있다. 공용침해의 근거가 된 법률의 위헌무효를 주장하면서, 이에 근거한 공용침해에 대하여 취소소송을 제기해야 하지만⁴⁴⁾ 이와 같은 구제 방법은 국민의 권리 구제 측면에서 매우 간접적인 방법에 해당한다.

(2) 직접효력설

40) 김철용, 『행정법』, 고시계사, 2016, 600면 등 참고.

41) 박균성, 앞의 책(행정법론(上)), 870면 등 참고.

42) 김철용, 앞의 책(행정법), 604면

43) 박균성, 앞의 책(행정법론(上)), 879면

44) 박균성, 앞의 책(행정법론(上)), 879면

직접효력설은 법률이 손실보상에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니한 경우 바로 헌법 제23조 제3항에 의하여 손실보상을 청구할 수 있다는 견해이다. 손실보상청구권 자체는 헌법 제23조 제3항에서 직접 발생하며, ‘법률로써’의 의미는 보상의 기준과 방법 등을 법률에 의해 규정한다는 의미로 해석한다. 현행 헌법 제23조 제3항의 ‘정당보상의 원칙’이 ‘완전보상의 원칙’으로 해석된다는 전제 하에⁴⁵⁾, 국민의 권리구제의 실효성을 위하여 법원이 직접 완전보상에 따른 보상액을 결정할 수 있으므로 직접효력설이 타당하다는 견해가 있다.⁴⁶⁾ 그러나 동 조항이 명확하게 “보상은 법률로써 하되”라고 밝히고 있으므로 문리해석상 직접효력설을 취하기엔 무리가 있다는 견해도 있다.⁴⁷⁾ 이 경우 손실보상을 하지 않는 경우 공법상 당사자소송으로 손실보상청구소송을 제기할 수 있다.⁴⁸⁾

(3) 간접효력규정설

손실보상에 관한 실정법상 근거가 없을 경우 헌법 제23조 제3항 및 관계규정의 유추적용을 통하여 보상을 청구할 수 있다는 견해이다. 이 견해에 의할 때에도 행정청이 손실보상을 거부하는 경우 공법상 당사자소송으로 손실보상청구소송을 제기할 수 있다.⁴⁹⁾

(4) 보상입법부작위위헌설

손실보상규정을 두지 않는 입법부작위에 대해서 헌법소원을 통하여 문제를 해결해야 한다고 보는 견해이다. 이 경우 보상규정을 두지 않은 법률이 집행됨에 따라 사인의 재산권이 침해되면 이러한 보상입법부작위에 대해 헌법소원을 제기할 수 있다. 이어서 이에 따른 헌법재판소의 위

45) ‘정당한 보상’의 기준에 대해 완전보상설과 상당보상설이 대립하며, 다수의 견해와 판례의 견해는 완전보상설에 의한다는 것은 앞서 본 바와 같다.

46) 박균성, 앞의 책(행정법론(上)), 883면.

47) 김철용, 앞의 책(행정법), 601면.

48) 박균성, 앞의 책(행정법론(上)), 880면.

49) 박균성, 앞의 책(행정법론(上)), 881면.

헌결정과 추후 입법자의 입법조치에 의해 비로소 구제를 받게 된다. 따라서 위헌무효설과 같이 피해자 구제 측면에 있어서는 우회적인 방법이라는 것이 주요한 비판점이다.⁵⁰⁾

(5) 소결론

헌법 제23조 제3항은 명백히 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그 보상은 법률로써 한다고 규정하고 있기 때문에 문리적 해석상 위헌무효설이 가장 타당하다. 다만 앞서 본 바와 같이 취소소송이나 국가배상청구소송을 통한 구제는 매우 간접적이기 때문에, 본 견해를 취할 경우 입법 단계에서부터 입법자의 각별한 주의가 요구될 것이다.

보상규정이 없어 위헌이 되는 범위와 관련해, 앞서 논의한 것처럼 ‘수용’이라고 명명되지 않아도 실질법상 수용과 유사한 기능을 하는 경우 보상규정이 마련되어 있지 않다면 충분히 위헌적 소지가 있다. 한편, ‘보상규정이 없는 수용규정’이 아닌 ‘수용규정이 없는 보상규정’ 또한 위헌적 소지가 있는지 문제된다. 이는 정당한 보상이 없는 수용의 경우는 아니기 때문에 바로 위헌이라고 볼 수는 없다. 그러나 수용규정이 없다는 이유로 실질적으로 수용에 해당하는 효과가 발생함에도 불구하고 보상규정이 적용될 수 있는 방법이 불분명해지는 경우에는 이 경우에도 위헌적 문제가 발생한다고 할 것이다.⁵¹⁾

Ⅲ. 손실보상의 주요 원칙

손실보상 제도에 관하여 일반법적 성격을 가지고 있는 토지보상법은 손실보상의 주요 원칙으로 사업시행자 보상원칙(동법 제61조), 사전보상의 원칙(동법 제62조), 현금보상의 원칙(동법 제63조), 개인별 보상의 원

50) 김동희, 앞의 책(행정법 I), 614면.

51) 실제로 세입자보상의 많은 사례들이 수용규정이 부재하여 보상 여부도 불분명한 경우에 해당한다. 이에 대하여는 이 글의 ‘제5장 세입자와 수용소송’에서 논의한다.

칙(동법 제64조), 일괄보상의 원칙(동법 제65조) 등을 들고 있다. 본장의 제3, 4절에서 후술하겠지만 본 글의 주제인 세입자보상의 항목 중 많은 부분이 손실보상의 체계에 포섭될 수 있기 때문에 손실보상의 주요 원칙들은 세입자보상의 방법에 있어서도 중요한 의미를 지닌다.

1. 사업시행자 보상 원칙

토지보상법은 제61조에서 공익사업에 필요한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 소유자나 관계인이 입은 손실은 사업시행자가 보상해야 한다고 하여 사업시행자 보상책임을 선언하고 있다. 보상업무를 지방자치단체 등 제3자에게 위탁하여 시행하는 경우에도 보상책임은 궁극적으로 사업시행자에게 있다.⁵²⁾ 사업시행자는 사업의 진행 측면에서 처분을 할 수 있는 행정주체의 지위를 갖게 되므로, 손실보상 의무가 원칙적으로 시행자에게 있다는 것은 손실보상 자체가 공법적 성격의 제도라는 점을 잘 보여준다.

2. 사전보상의 원칙

사업시행자는 해당 공익사업에 착수하기 이전에 토지소유자와 관계인에게 보상금 전액을 지급하여야 한다(토지보상법 제62조 본문). 동조 단서에서는 천재지변시의 토지 사용과 시급한 토지 사용의 경우의 예외를 두고 있다. 사업시행자가 토지·건물만 보상하고 영농손실보상금, 이주대책비 등을 지급하지 않은 채 명도소송이나 명도단행가처분을 하는 것 또한 위법하므로 인용되어서는 안 된다.⁵³⁾

3. 현금보상의 원칙

52) 김은유·임승택, 『실무토지보상』, 도서출판 채움, 2014, 270면.

53) 김은유·임승택, 위의 책(실무토지보상), 271면.

손실보상은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 현금으로 지급하여야 한다(토지보상법 제63조 제1항 본문). 그러나 예외적으로 해당 공익사업으로 조성된 토지로 보상하는 방법이 허용되기도 하고(동조 제1항 단서), 일정한 경우에는 채권으로 보상될 수도 있다(동조 제7항). 이 때 채권보상은 일종의 후불이라고 할 것이므로 액면가액이 아니라 실질가액이 반영되어야 헌법상 정당한 보상의 요건을 충족한다.⁵⁴⁾

4. 기타 원칙

손실보상은 개인별로 보상액을 산정할 수 없는 때를 제외하고는 토지 소유자나 관계인에게 개인별로 하여야 한다(토지보상법 제64조). 또한 사업시행자는 동일한 사업지역에 보상시기를 달리하는 동일인 소유의 토지 등이 여러 개 있는 경우 토지소유자나 관계인의 요구에 의해 한꺼번에 보상금을 지급하도록 하여야 한다(동법 제65조).

54) 홍정선, 앞의 책(행정법특강), 571면.

제 3 절 생활권침해에 대한 보상

I. 생활권보상의 의의

1. 새로운 보상개념의 필요성

행정상 수용과 보상의 체계는 앞서 본 바와 같이 재산권에 대한 보상을 중심으로 짜여 있다. 그러나 공공사업의 유형이 다양화되고 발전을 거듭함에 따라 전통적인 손실보상만으로는 전보되지 않는 손실들이 발생하게 되었다. 댐·공업단지·대규모 주택단지의 건설 등은 점·선적인 수용이라기보다는 면적 수용에 가까운 것으로⁵⁵⁾, 마을 단위의 수용이 일어나 주민들의 종래 생활기반을 통째로 박탈시킨다. 이 경우 기존 손실보상뿐만 아니라 개인의 생활재건을 위한 총체적인 보상이 필요해진다. 이와 같이 기존의 수용과 보상체계로는 설명할 수 없는 상실의 유형과 보상의 필요성이 대두함에 따라, ‘생활권보상’이라는 개념을 사용하게 되었다.

2. 생활권보상의 개념

생활권보상은 전통적으로 손실보상과 대응하여 그에 대한 여집합으로 이해되었고, 개념을 정의하는 데에도 손실보상의 범위를 어디까지로 확정할 수 있는지의 논의가 선행될 수밖에 없었다. 생활권보상의 범위에 대하여, 재산권에 대한 수용에 부대하는 손실을 생활보상의 대상으로 편입할 것인지 여부에 따라 이를 포함하는 광의설과 포함하지 않는 협의설로 나뉜다.⁵⁶⁾ ‘재산권 수용에 부대하는 손실’이란 소수잔존자보상, 이

55) 김동희, 앞의 책(행정법 I), 624면.

56) 생활권보상 범위에 관한 학설상 대립과 관련하여서는 류해웅, 「생활권보상의 법리와 제도에 관한 고찰」, 『부동산연구』 제15권 제1호, 2005, 75면 이하, 종래의 전형적인 재산권보상인 대물보상도 생활권보상의 영역에 포함하여 손실보상제도의 중심을 생활권보상이라고 보는 최광의설도 있지만 우리나라에서는 이와 같은 견해는 주장되지 않으므로 본문에서는 생략하였다.

직자보상, 영업손실보상, 잔여지보상, 사업손실보상(간접손실) 등을 포괄한다. 광의설은 이와 같은 보상항목들을 재산권보상이 아닌 생활보상의 영역으로 본다. 생활권보상을 재산의 등가교환적 가치의 보상뿐만 아니라 생활상태를 종전과 동일한 수준으로 회복하는 데에 필요한 보상을 모두 포함하는 것으로 보기 때문이다. 이에 반해, 협의설은 재산권 침해로 발생하는 대물적인 손실뿐만 아니라 이에 부대하는 손실에 대한 보상도 재산권보상의 영역으로 보고, 이에 포섭되지 않는 보상영역을 생활권보상의 대상으로 본다. 광의설과 협의설은 재산권보상과 생활권보상을 구별한다는 점에서 본질적으로 다른 학설이라고 볼 수 없고, 일부 보상항목을 분류하는 데에만 차이를 보인다는 것이 일반적인 견해이다.⁵⁷⁾

생활보상과 생활권보상을 동의어로 보는 것이 일반적 견해이지만 생활보상은 보상의 내용 또는 방법에 관한 것이고, 생활권보상은 보상의 범위 내지 대상에 관한 것으로 구분해야 한다고 보는 견해도 있다.⁵⁸⁾ 이 글에서는 ‘재산권보상’에 대립하는 개념으로 사용하기 위하여 ‘생활권보상’으로 통일하여 사용하기로 한다.

II. 생활권보상의 법적 근거

1. 헌법적 근거

가. 기존의 논의

생활권보상이 헌법의 재산권 규정인 제23조 제3항이 말하는 ‘정당한 보상’에 포섭되는지 여부에 따라 생활권보상의 헌법적 근거에 대한 학설

57) 류해웅, 앞의 논문(생활권보상의 법리와 제도에 관한 고찰), 77면, 경제웅, 「생활권보상의 법적 성질과 보상내용에 관한 연구 - 이주대책 및 사업손실보상을 중심으로-」, 『집합건물법학』 제8권, 2011, 76면 등.

58) 박균성, 앞의 책(행정법론(上)), 910면 이하 참고. 이 경우 생활권보상은 보상의 범위 내지 대상에 재산권뿐만 아니라 생활권도 포함된다고 본다.

이 대립한다. 생활권보상을 정당한 보상에 포섭되는 것으로 보는 견해는 생활보상의 헌법적 근거를 헌법 제23조, 혹은 헌법 제23조 및 제34조에서 찾는다. 반면, 생활권보상이 재산권 수용에 대한 ‘정당한 보상’의 범위를 넘는다고 보는 견해는 이를 인간다운 생활을 할 권리를 규정하는 헌법 제34조에서 구한다.

(1) 헌법 제23조설(정당보상설)

생활권보상도 재산권보상과 마찬가지로 헌법 제23조에서 규정하는 정당보상에 포함된다고 보는 견해이다. 앞서 본 바와 같이 ‘정당한 보상’의 수준에 대해서는 견해가 대립하는데, 각각의 견해는 생활권보상의 수준도 서로 다르게 파악한다. 정당한 보상을 완전보상으로 이해하는 견해는 생활권보상도 수용이 행해지기 전의 상태와 유사한 생활상태를 실현하는 완전보상으로 본다. 한편, 상당보상으로 이해하는 견해는 정당보상에 공익사업으로부터 희생에 대한 사회조절적 보상이 포함된다고 보며, 기존 재산권 보상 범위 밖의 손실에 대해서도 보상하는 생활권보상의 특성상 완전보상을 상회하는 생활권보상도 도출할 수 있다고 한다.⁵⁹⁾

헌법 제23조설에 의하면 재산권보상으로 전보되지 않는 손실을 보상하기 위한 개념인 생활권보상도 재산권보상의 일종에 해당한다는 점에서 생활권보상 개념의 채택은 결국 재산권보상 외연을 넓히는 결과를 낳게 된다. 생활권보상을 정당보상의 원칙에 근거한다고 보는 견해는 생활권보상이 헌법원칙에서 바로 유래하는 의무적인 것으로 볼 수 있다는 점에서 그 의의가 있다.⁶⁰⁾

(2) 헌법 제34조 · 제23조 결합설

59) 류지태, 「생활권보상 논의의 비판적 검토」, 『부동산연구』 제15권 제2호, 2005, 134면.

60) 박균성, 앞의 책(행정법론(上)), 915면.

생활권보상의 헌법적 근거가 단순히 하나의 조항에서 연유하는 것이 아니라 복합적 기본권에 근거한다는 견해이다. 복합적 기본권으로 파악하는 견해 중 하나는 헌법상 재산권 보상에 관한 공평부담의 관점과 국민의 생활유지를 위한 목적의 생존권보장 이념을 서로 결합하여, 생활권 보상에 대해 추상적인 헌법적 근거를 마련할 수 있다고 한다.⁶¹⁾

(3) 헌법 제34조설

생활권보상과 재산권보상의 헌법적 근거를 엄격하게 구분하여, 생활권 보상은 헌법 제23조가 규정하는 ‘정당한 보상’에 포함될 수 없고, 헌법상 별개의 조항인 제34조 인간다운 생활을 할 권리에서 근거하다고 본다. 생활권보상의 기능을 수용 등의 공권력 행사로 인하여 파괴된 생활 질서를 복구하여 종전대로의 생활을 영위하게 해주는 것으로 파악하는데 그 초점이 있다.⁶²⁾

이 견해에 따르면 헌법 제23조 제3항은 수용목적물인 재산권 그 자체에 대한 보상만을 대상으로 하며, 공익사업시행 이전의 생활상태를 회복하는 것과는 관련이 없다고 본다.⁶³⁾ 헌법 제34조설에 의하면 생활권 보상의 개념을 채택한다고 하더라도 기본 재산권보상의 외연이 넓어지는 것은 아니며, 재산권으로 포섭되지 못하던 보상항목 등을 ‘생존권’이라는 새로운 접근 방식에 의해 마련되게 된다.

(4) 판례의 태도

생활권보상의 헌법적 근거와 관련하여 판례의 태도는 통일되어 있지 않다. 대법원은 주택세입자에게 지급되는 주거이전비와 이사비의 성격을 ‘특별한 어려움을 겪게 될 세입자들을 대상으로 하는 사회보장적인 차원

61) 류지태, 앞의 논문(생활권보상 논의의 비판적 검토), 136면.

62) 김동희, 앞의 책(행정법 I), 626면.

63) 류지태, 앞의 논문(생활권보상 논의의 비판적 검토), 137면.

에서 지급하는 금원’이라고 파악하였는데, 이는 헌법 제34조설에 가깝게 해석한 것이라고 볼 수 있다.⁶⁴⁾ 반면, 사업시행자가 생활대책대상자 선정기준을 마련하여 생활대책을 수립·실시하는 것이 헌법 제23조 제3항에 따른 정당한 보상에 포함된다고 본 판례도 있다.⁶⁵⁾

헌법재판소는 제34조설을 취하는 것으로 보인다. 세입자에게 이주대책을 제공하지 않은 것이 문제된 사안에서 헌법재판소는 이주대책을 정당한 보상에 포함되는 것이 아니라 정당한 보상에 부가하여 이주자들에게 종전의 생활상태를 회복시키기 위한 것으로 보았다. 정당한 보상에 포함되는 것으로 보지 않으면 이주대책의 실시여부는 입법재량의 문제가 된다.⁶⁶⁾

(5) 검토 - 개별적인 접근의 필요

생활권보상을 헌법 제34조에 근거한다고 파악하면 자칫 이와 같은 보상을 시혜적인 것이나 입법자의 재량에 따라 입법여부를 결정할 수 있는

64) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006두2435 판결, “공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘법’이라 함) 제78조 제5항 및 같은 법 시행규칙(이하 ‘규칙’이라 함) 제54조 제2항, 제55조 제2항의 각 규정에 의하여 공익사업의 시행에 따라 이주하는 주거용 건축물의 세입자에게 지급하는 주거이전비와 이사비는, 당해 공익사업 시행지구 안에 거주하는 세입자들의 조기이주를 장려하여 사업추진을 원활하게 하려는 정책적인 목적과 주거이전으로 인하여 특별한 어려움을 겪게 될 세입자들을 대상으로 하는 사회보장적인 차원에서 지급하는 금원의 성격을 갖는다 할 것이므로…”

65) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두17905 판결, “사업시행자 스스로 공익사업의 원활한 시행을 위하여 필요하다고 인정함으로써 생활대책을 수립·실시할 수 있도록 하는 내부규정을 두고 있고 내부규정에 따라 생활대책대상자 선정기준을 마련하여 생활대책을 수립·실시하는 경우에는, 이러한 생활대책 역시 ‘공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.’고 규정하고 있는 헌법 제23조 제3항에 따른 정당한 보상에 포함되는 것으로 보아야 한다.”

66) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2004헌마19 전원재판부, “그런데 이주대책은 정당한 보상에 포함되는 것이라기보다는 정당한 보상에 부가하여, 이주자들에게 종전의 생활상태를 회복시키기 위한 생활권보상의 일환으로서 국가의 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도이다(대법원 2003. 7. 25. 선고 2001다57778 판결 참조). 그러므로 이주대책의 실시 여부는 입법자의 입법정책적 재량의 영역에 속한다고 볼 것이다. 그렇다면 이 사건 조항이 세입자에게 이주대책을 제공하지 않았다고 해서 세입자의 재산권을 침해하는 것이라 볼 수 없다.”

정책적인 것으로 파악하게 되므로,⁶⁷⁾ 생활기반의 상실에 대한 충분한 보호를 할 수 없다. 헌법의 개별 조항의 내용상 그로부터 직접 도출되는 사회보장수급권은 헌법상의 기본권으로서의 성질을 가지지만, 구체적인 사회보험, 공적부조, 사회복지 등이 모두 헌법의 수준에서 보장되는 것은 아니기 때문이다.⁶⁸⁾ 일례로 헌법재판소는 사회보장수급권을 헌법상 기본권이 아닌 법률상의 권리라고 보며, 사회보장수급권을 법률로 형성함에 있어 입법자는 광범위한 형성의 자유를 누린다고 판시하였다.⁶⁹⁾ 따라서 개별 보상항목에 따라 다른 접근이 필요하며, 아래에서는 보상항목이 이미 입법되었는지 여부와, 입법되지 않은 경우 보상의 필요성에 따라 나누어 헌법적 근거를 분석해보았다.

나. 입법된 생활권보상

생활권보상을 구성하는 항목들은 사전적으로 설계된 것이 아니라, 소유자 또는 세입자의 저항에 직면해 순차적으로 입법되어 왔다.⁷⁰⁾ 이러한 성격상 일단 보상의 항목이 입법되어 법률에서 정하는 권리가 되면 그 ‘보상청구권’ 자체는 재산권의 일종으로 보호된다.⁷¹⁾ 이와 같은 보상청구권은 재산권이 그 보호 대상으로 삼고 있는 ‘경제적 가치 있는 공법상 권리’이기 때문이다.⁷²⁾ 같은 논리 하에 토지보상법에 마련된 생활권보상

67) 김중보, 「재개발사업의 철거와 세입자보상」, 『행정법연구』 제23호, 116면.

68) 정종섭, 앞의 책(헌법학원론), 772면.

69) 헌법재판소 2001. 9. 27. 2000헌마342 결정, “...사회보장수급권의 구체적 내용, 즉 수급요건, 수급권자의 범위, 급여금액 등은 법률에 의하여 비로소 확정된다. 그런데 사회보장수급권과 같은 사회적 기본권을 법률로 형성함에 있어 입법자는 광범위한 형성의 자유를 누린다. 국가의 재정능력, 국민 전체의 소득 및 생활수준, 기타 여러 가지 사회적·경제적 여건 등을 종합하여 합리적인 수준에서 결정할 수 있고, 그 결정이 현저히 자의적이거나, 사회적 기본권의 최소한도의 내용마저 보장하지 않은 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 것이다.”

70) 김중보, 앞의 논문(재개발사업의 철거와 세입자보상), 116면.

71) 영업손실보상의 성격이 생활이익 침해에 대한 보상이라고 가정하더라도, 토지보상법에 입법된 이상(토지보상법 제77조 제1항), 보상의 대상인 사인은 보상청구권을 가지게 되고 이는 재산권의 영역으로 보호되는 권리이다.

72) 헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 전원재판부 결정은 공법상 권리가 재산

조항들에 근거한 보상청구권은 모두 재산권의 보호 대상으로 볼 수 있다.⁷³⁾

이미 입법되어 그 보상청구권 자체가 재산권의 영역으로 편입된 생활보상의 경우, 입법의 계기가 되었던 헌법적 근거는 헌법 제23조나 헌법 제34조 등으로 다양할 수 있다. 그러나 이렇게 법률에 규정된 보상항목에 대한 보상이 이루어지지 않거나 불충분하게 이루어진 경우 헌법적 근거가 무엇인지와 상관없이 재산권 침해로 구성하게 되며,⁷⁴⁾ 이에 대해 헌법 제23조 제3항에 의해 정당한 보상이 이루어져야 한다. 결국 입법된 생활보상 항목들은 전통적인 손실보상의 체계 안에 편입하여 논의할 수 있을 뿐만 아니라 손실보상과 관련된 제 원칙들도 적용된다.

다. 입법되지 않은 생활권보상

아직 입법되지 않은 생활권보상의 경우 개별 보상 항목에 따라 현재 소유자 또는 세입자의 저항과 필요에 직면해 있는 것과 그렇지 않은 것으로 나눌 수 있다. 생활권보상 중 소유자 또는 세입자의 저항과 필요에 직면해있음에도 보상이 이루어지지 않는 항목은 그 자체로 보상을 요하는 재산권의 침해이므로 헌법 제23조 제3항의 문제이다. 헌법 제23조 제3항의 손실보상에 해당할 경우 ‘정당한 보상’이 이루어질 것을 요하며, 그 수준은 완전보상이 되어야 한다는 것은 앞서 본 바와 같다.

권으로 인정받기 위한 요건을 다음과 같이 실시하고 있다. “공법상의 권리가 헌법상의 재산권보장의 보호를 받기 위해서는 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용가능해야 하며(사적 유용성), 둘째, 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하며(수급자의 상당한 자기기여), 셋째, 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다.”

73) 김종보, 앞의 논문(재개발사업의 철거와 세입자보상), 116면.

74) 윤수진, 「생활보상 및 간접손실보상 개념의 재검토」, 『토지공법연구』 Vol.34, 2006, 39면.

현재 입법의 필요성이 크지 않은 보상항목들은 재산권의 내용과 한계 규정의 영역(헌법 제23조 제1, 2항) 또는 헌법 제34조의 영역에 머물러 있다. 사업시행으로 인하여 재산권이 제한되더라도 그 제한의 성격이 보상을 요하지 않는 경우라면 재산권의 사회적 기속에 불과하다. 또한 이러한 측면의 제한을 오로지 생활이익의 문제로만 파악할 수 있는 예외적인 경우에는 헌법 제34조의 문제로도 바라볼 수 있다. 권리금의 경우에는 그 재산권성이 뚜렷하게 드러나지만, 권리금에 대한 보상이 필요하지 않다고 보는 입장에서는 권리금을 지급하지 않는 것이 재산권의 사회적 기속의 문제이지, 헌법 제23조 제3항의 문제는 아닌 것이다. 물론 이 경우에도 그 제한이 비례원칙을 위반하여 기본권 침해에 해당하는 경우 위헌 여부를 논해야 한다.

보상의 필요성이 크지 않았던 항목이 법률의 영역으로 편입되는 경우로는 두 가지 방법이 있다. 하나는 입법정책적인 이유로 시혜적인 보상조항이 마련되는 경우이고, 다른 하나는 기존에는 재산권의 사회적 기속이나 생활이익의 제한이었던 것이 사회변화에 따라 정당한 보상을 요하는 재산권 침해에 해당하게 되는 경우이다.

라. 소결

생활권보상은 전통적인 손실보상만으로는 충분히 전보되지 않는 손실을 겨냥하여 발달한 개념이므로, 생활권보상을 손실보상과 대립하는 개념으로 이해하는 경우가 많았다. 이와 같은 접근은 생활권보상을 기존의 손실보상 체계와 유리된 것으로 파악하게하기 쉽다. 그러나 생활권보상으로 포섭되는 많은 보상항목들을 단순히 헌법 제34조에 근거한 것으로 보는 것은 사업지구에서 실제로 일어나고 있는 분쟁상황을 해결하는 데에 도움이 되지 못한다. 상가임차인에 대한 보상항목이 문제되었던 용산사태에서도 세입자들은 권리금에 대한 보상, 임시매장 설치 등을 영업을 하지 못하게 됨에서 오는 재산권 침해의 일환으로 주장하였다. 상가임차

인에 대한 보상에 비해 주택임차인에 대한 보상은 상대적으로 바로 금전적 가치와 연결되는 것으로 보이지 않을 수 있으나, 재개발 구역 등에 거주하는 자들의 대다수가 일용직 노동이나 주거지에서 근거리에 있는 영세한 규모의 영업에 종사하고 있다는 점에서 이들에게도 주거의 상실은 새로운 근로기회를 탐색해야 하는 비용의 필연적 발생을 의미한다. 이와 같이 종래 누려오던 소득의 원천과 상당한 관련이 있는 보상항목의 경우에는 이를 단순한 기대이익, 반사적 이익 또는 재화획득에 관한 기회⁷⁵⁾ 등으로 보아 재산권 침해의 영역이 아니라고 보기는 힘들 것이다.

2. 법률적 근거

헌법상 생활권보상에 대한 일반적 또는 직접적인 규정을 두고 있는 조항은 없는 것으로 보인다. 토지보상법 제79조 제4항은 ‘그밖에 공익사업의 시행으로 인하여 발생하는 손실’의 보상 등에 대하여는 국토교통부령이 정하는 기준에 따른다고 정하는데, ‘그밖에 공익사업의 시행으로 인하여 발생하는 손실’에 생활권침해도 포함되므로 이 조항을 일반적 근거로 평가할 수 있다.

토지보상법은 ‘손실보상의 종류와 기준’의 항목으로 이주대책의 수립·실시 및 이주정착금의 지급(동법 제78조 제1항), 주거이전비(동법 제78조 제5항), 이농비(동법 제78조 제6항) 등의 생활권보상항목을 규정하고 있다. 개별법에서는 토지보상법 외에도 댐건설 및 주변지역지원 등에 관한 법률, 산업입지 및 개발에 관한 법률, 도시정비법 등의 다양한 법률에서 생활권보상의 개별적인 근거를 마련하고 있다.

75) 헌법재판소 2007. 7. 26. 선고 2003헌마377 결정, “헌법상 보장된 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적인 권리이므로, 영리획득의 단순한 기회나 기업활동의 사실적·법적 여건은 기업에게는 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권보장의 대상은 아니라고 할 것이므로…”

제 4 절 세입자보상 제도 개관

I. 서설

세입자의 권리는 오랫동안 보상의 대상에서 제외되어 왔다. 전통적인 재산권보상의 입장에서 살펴보면 세입자는 주택에 대한 소유권을 갖고 있지 않아 세입자에 대한 재산권 침해나 수용이 명시적으로 드러나지 않기 때문이다. 그러나 생활권보상의 개념이 등장함에 따라 명확하게 금전적 가치로 환산하기 어려운 불이익 등이 토지보상법의 보상내용에 편입되었고, 그 중 세입자를 겨냥하고 제도화 된 것들이 많았다.⁷⁶⁾ 토지보상법의 보상내용들은 사업구역 내에 실질적으로 거주하는 주민을 염두에 두고 설계된 것이 많은데, 소유자의 수보다 세입자의 수가 더 많은 구역들이 다수 존재하기 때문이다.

세입자는 소유권자와는 달리, 주택 및 상가에 대한 소유권을 갖고 있지 않고, 전세권 또는 임차권을 가지고 있을 뿐이다. 따라서 보상의 문제에 있어서도 소유권자에 대한 보상과 세입자에 대한 보상은 차등이 있을 수밖에 없다. 반면, 세입자의 권리인 전세권이나 임차권도 권리자에게 ‘사용수익권’을 인정하는 재산권에 해당한다는 점에서 보상의 필요성이 더 낮은 것은 아니다. 또한 세입자를 사업 구역 내에 거주하거나 영업활동을 하는 주민으로 파악하면 세입자는 물리적 공간 속에서 주거생활 및 경제활동을 누리는 주체가 되므로 이에 대한 정책적 보상도 문제된다.

II. 세입자의 의의

1. 세입자의 개념

76) 김종보, 앞의 논문(재개발사업의 철거와 세입자보상), 117면.

토지보상법 및 도시정비법은 ‘세입자’에 대해서 명확한 개념 정의를 하고 있지 않다. 대법원도 법령에 존재하는 ‘세입자’라는 용어를 그대로 사용하지만 이에 대한 명확한 개념 정의를 하고 있지는 않다. ‘세입자’라는 용어는 사회학적으로 사용되는 용어이며 법률용어는 아니라는 견해가 있지만,⁷⁷⁾ 토지보상법 및 도시정비법 문언에서 ‘세입자’라는 용어를 쓰고 있다는 점에서 향후 법 문언에서 정의가 필요한 법률용어이자, 사회경제학적 의미로도 사용된다고 보는 것이 적절하다.

법률적 의미의 세입자는 계약법적 측면에서 임대인에 대응하여 사용되는 개념이지만, 사회경제학적 의미의 세입자는 돈을 내고 일정기간 남의 집에서 기거하거나 영리하는 사람들 일체를 의미한다.⁷⁸⁾ 즉, ‘세입자’는 ① 소유자 이외에, ② 토지에 대한 사용수익권을 누리며, ③ 사업 구역 내에 거주 또는 영업을 하는 모든 주체를 포괄하는 개념이다. 따라서 등기된 전세권자, 채권적 전세계약을 맺은 전세권자, 등기된 임차인 및 일반임차인은 모두 세입자에 해당하며, 전차인, 건물의 일부에 대한 임차권을 설정 받은 부분임차인, 가건물, 비닐하우스에 대한 세입자도 세입자에 해당하는 것으로 볼 수 있다.⁷⁹⁾

2. 세입자의 유형

공익사업에서 보상의 대상이 되는 세입자는 크게 주택세입자와 상가세입자로 분류된다. 주택세입자들이 전통적으로 철거민으로 불리며 사업의 강력한 반대세력을 형성하고 토지보상법상 생활보상의 내용을 확대해 온 것에 비해, 상가세입자는 보상입법이 영업손실보상 등에만 국한되는

77) 오준근, 「주택재개발사업에 있어 세입자의 법적 지위」, 『법과 사회』 14권 0호, 1997, 271면.

78) 전병준, 「주택재개발·재건축에 있어서 세입자의 생활보상에 관한 연구」, 『법학논총』 제24권 제1호, 2011, 21면.

79) 오준근, 앞의 논문(주택재개발사업에 있어 세입자의 법적 지위), 271면.

등 매우 불충분한 수준에 머무르고 있다.⁸⁰⁾

주택세입자에게는 주거공간의 상실이 가장 큰 문제이기 때문에 임대 아파트의 특별공급 등이 주택법의 특별 규정에 마련되어 있다. 그러나 상가세입자에게 보다 중요한 문제는 영업을 중단한 데에서 오는 재산적 손실의 보전과, 새로운 장소에서 다시 영업을 시작하기 위해 필요한 비용인 권리금, 시설비보상 등이다. 이와 같이 쉽게 금전으로 환산되는 불이익에 대한 박탈감은 용산사태에서 문제가 되었듯이 더욱 현실적일 수 있다.⁸¹⁾

이외에 정비사업의 세입자로 대상을 좁혀보면 정비사업의 유형에 따라 토지보상법에 있는 보상규정이 준용되는 재개발세입자와 준용되지 않는 재건축세입자로 나눌 수 있고, 임대인의 재개발사업 찬성여부에 따라 찬성조합원의 세입자, 반대조합원의 세입자로도 나눌 수 있다.

Ⅲ. 세입자보상의 법적 성격

1. 세입자의 헌법적 지위

주택세입자는 전세계약이나 임대차계약을 통해 타인의 토지 또는 건물에 대한 사용수익권을 보유해 주택에서 주거생활을 영위하고, 상가세입자는 주로 임대차계약을 통해 타인의 토지 또는 건물에서 영업활동을 해나간다.

이와 같은 세입자의 행위 양태는 두 가지 의미를 가지고 있다. 하나는 민사적 권리 중 토지 및 건물에 대한 사용수익권을 보유하게 된다는 의미이고, 다른 하나는 일정한 공간을 부여 받아 주거생활과 경제활동을

80) 김중보, 『건설법의 이해』, 도서출판 피데스, 2013, 488-489면.

81) 김중보, 앞의 책(건설법의 이해), 489면.

하는 혜택을 누리게 된다는 의미이다. 이 두 가지 의미를 헌법상 기본권에 대응시켜 보면, 전자는 사법상 권리인 사용수익권을 행사하는데 아무 제약이 없음을 요하는 자유권적 기본권의 의미가 강함에 반해, 후자는 생존에 필요한 주거공간과 영업공간을 적극적으로 요구하는 사회적 기본권의 성격이 강하다. 즉, 세입자가 계약을 통해 사용수익권을 취득하는 것과 공간에서 생활을 해 나가는 것은 각각 다른 헌법적 의미를 지니고 있다. 따라서 세입자에 대한 보상의 헌법적 근거를 따질 때에도 단일한 조항으로 포섭하는 것이 아니라 이와 같은 중의적 의미를 고려하여 복수의 조항을 염두에 두어야 한다.

2. 사용수익권 침해에 대한 보상

세입자는 소유자와 채권적 계약을 통해 취득한 사용수익권을 방해받지 않고 행사할 수 있어야 한다. 이러한 사용수익권을 행사할 때 국가로부터 방해받지 않아야 하는 것은 물론, 기본권의 대사인효 이론에 의해 다른 사인에 의해 방해받을 때에도 국가의 조치를 기대할 수 있어야 한다. 이와 같은 권리는 자유권적 기본권의 성격을 가지며, 구체적으로 사회·경제적 자유에 해당하는 재산권에 포섭된다(헌법 제23조).⁸²⁾ 전술했듯이 헌법 제23조 제1항 후문에 의해 이와 같은 재산권의 내용과 한계는 법률에 의해 정해지므로, 입법자는 기존에 설정된 재산권을 제한할 수도 있고, 기존에 없던 것을 새롭게 형성할 수도 있다.⁸³⁾

세입자가 갖는 구체적인 권리의 형성은 임대차계약을 규정하는 민법이나 기타 특별법 등 개별 법률에 의해 규정된다. 그런데 소유자가 누리

82) 헌법적 의미의 ‘재산권’은 ‘사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 포함하는 재산가치 있는 구체적 권리’로 정의된다(헌법재판소 1996. 8. 29. 선고 95헌바36 전원재판부 참고). 즉, ‘재산가치 있는 구체적 권리’는 경제적 가치가 있는 모든 권리를 포괄하기 때문에 반드시 소유권에 한정될 필요는 없으며, 전세권과 같은 물권은 물론 채권적 전세나 임대차 계약에 의해 발생하는 사용수익권 등도 이에 해당한다.

83) 헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2004헌바57 결정.

는 소유권에 포함된 사용수익권은 물권에 기해 직접적으로 종전 토지 및 건물을 지배할 수 있는 권리인 반면에, 전세계약이나 임대차계약 등에 기한 사용수익은 오로지 채권자의 행위 즉 급부에 의존하는 상대적인 용익이다.⁸⁴⁾ 따라서 세입자보호 측면에서 상대적으로 취약해 질 가능성이 높은 채권적 전세나 임대차계약을 보호하기 위해 「주택임대차보호법」(이하 ‘주임법’), 「상가건물임대차보호법」(이하 ‘상임법’) 등의 특별법이 마련되어 있다. 주임법의 입법목적은 ‘국민 주거생활의 안정보장’이고(동법 제1조), 상임법의 입법목적은 ‘국민 경제생활의 안정보장’이라는 점만 보더라도(동법 제1조), 이와 같은 같은 특별법들의 주요한 목적이 임차인의 보호임을 쉽게 알 수 있다. 따라서 이와 같은 특별법의 규정 다수는 임차인 보호를 목적으로 하는 편면적 강행규정이다.

법률에 의해 형성되는 세입자의 사용수익권은 헌법이 제23조에서 보장하는 재산권의 일종이다. 재산권의 본질이 자유권적 기본권이라는 점에서 공권력이나 타인에 의해 침해받지 않아야만 헌법적 보장의 의미가 있다. 따라서 당사자 간의 계약의 내용이나 법률의 규정에 의해 형성되는 임차권은 계약기간까지 존속이 보장되어야 한다. 이와 같은 사용수익권이 정비사업이 진행됨에 따라 방해받을 때 이는 재산권에 대한 침해가 된다. 이와 같은 침해가 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한에 해당하는 경우에는 정당한 보상이 지급되는 조건 하에서만 인정된다(헌법 제23조 제3항 참조). 세입자가 보유하던 사용수익권의 정지가 그 자체로 재산권에 대한 수용에 해당하는지는 별론으로 하고, 적어도 수용에 준하는 제한에 해당한다는 것은 분명하므로, 세입자에게는 정당한 보상이 지급되어야 한다.

3. 그 외의 헌법상 권리의 침해에 대한 보상

정비구역 내 세입자는 각종 계약을 토대로 확보한 공간을 중심으로

84) 양창수·김형석, 『민법Ⅲ - 권리의 보전과 담보』, 박영사, 2012, 590면.

주택세입자의 경우 주거생활을, 상가세입자의 경우 경제활동을 영위할 권리를 갖는다. 이 경우 국가의 의무는 단순히 주거생활이나 경제활동에 대한 단순한 방해배제에 머무는 것이 아니라 이와 같은 활동이 실질적으로 이루어질 수 있도록 적극적으로 보장하는 것을 포함한다. 국민의 주거생활과 경제활동이 원활하게 이루어지기 위해 필요한 첫 번째 조건은 각각이 이루어질 수 있도록 하는 공간이 제공되는 것이다. 앞서 본 재산권으로서의 사용수익권이 그 권리의 근거가 된 임대차계약의 조기종료로 침해되는 것과 달리, 이와 권리는 주택 및 상가건물의 인도 의무 및 건물철거 등의 물리적 처분으로 인해 직접적으로 침해된다.

이 중 주택세입자의 기본권은 쾌적한 주거생활권을 규정한 헌법 제35조 제3항에서 직접 근거하며, 주거공간과 경제활동이 공간적으로 밀접한 관계를 갖는 세입자의 경우에는 제23조와도 밀접한 관계가 있다. 상가세입자의 경제활동 역시 인간다운 생활을 할 권리를 규정한 제34조 제1항 뿐만 아니라 제23조에서도 연유하는 것으로 보는 것이 적절하다. 이처럼 재산권 조항은 존속 기간 이전의 계약 방해라는 보상을 요하는 사용수익권 침해라는 측면에서 직접적으로 작용할 뿐만 아니라 물리적 공간의 상실로 인한 주거생활과 경제활동의 침해 측면에서도 간접적으로 기능한다.

제 3 장 주택세입자보상

제 1 절 서설

토지보상법은 주택세입자보상금의 구성요소로 주거이전비와 이사비를 규정하고 있다. 법률에서 ‘주거이전에 필요한 비용’과 ‘가재도구 등 동산의 운반에 필요한 비용’을 보상할 것을 규정하고 있고(동법 제78조 제5항), 시행규칙에서는 이와 같은 보상금의 구체적인 지급요건을 정하고 있다(동법 시행규칙 제54조 제2항, 제3항, 제55조).

주택세입자보상은 주로 재개발사업과 택지개발사업에서 문제되어 왔고, 이에 따라 도시정비법에 많은 조항들이 생겨났다. 도시정비법은 정비사업의 기본계획(동법 제3조 제1항 제11호), 정비계획(동법 제4조 제1항 제6의3조), 사업시행계획(동법 제30조 제4호) 등에서 세입자에 대한 주거대책 및 보상에 관한 내용을 포함하도록 하였고, 세입자보상 대책과 관련하여 용적률 특례도 규정하고 있다(동법 제40조의2).

대표적인 도시정비법상 세입자 대책은 임대주택이다. 도시정비법은 사업시행자에게 일정 비율의 임대주택 건설 의무를 부과하고 있으며(동법 제4조의 2), 이렇게 건설된 재개발임대주택에 대한 공공부문 인수와 공급을 법에서 정하고 있다(동법 시행령 제54조 제2항, 동법 제50조 제3항). 또한 주택공급규칙은 주택의 세입자 중 일정한 입주자격 요건을 충족하는 자에게 국민주택을 특별공급할 수 있다고 규정하고 있다(주택공급규칙 제35조 제1항 제13호).

공사 기간 동안의 세입자 이주대책과 관련하여 순환정비방식의 정비사업(동법 제35조)과 임시수용시설설치 및 주택자금 융자알선(동법 제36조) 등을 마련하고 있다.

제 2 절 토지보상법상 주택세입자보상

I. 주거이전비

1. 주거이전비의 의의

가. 개념

주거이전비 지급의 근거규정은 토지보상법 제78조 제5항 및 동법 시행규칙 제54조에 마련되어 있다. 주거이전비는 ‘주거이전에 필요한 비용’으로 정의되며, 세입자에게는 가구원수별 4개월분의 주거이전비를 지급한다(동법 시행규칙 제54조 제2항). 공익사업지구에 거주하고 있던 주민은 소유자이건 세입자이건 가리지 않고 부득이하게 주거를 이전해야 하며, 새로운 주거지를 탐색하는 동안 주거생활 뿐만 아니라 경제활동에 있어서도 장애가 발생할 가능성이 높으므로 이를 보상할 필요가 있다. 일반적으로 사업지구 내 소유자에 비해 세입자는 경제적으로 더 열악한 상황에 직면해있을 가능성이 높아, 소유자에 비해 더 높은 보상 수준을 책정하였다.⁸⁵⁾ 한국감정원의 손실보상평가⁸⁶⁾에 따르면 2016년 3분기 기준 4명 가구 세입자의 주거이전비는 17,517,268원으로, 약 1800만원에 달한다.

나. 산정 및 지급

(1) 가구원수에 따른 지급

85) 소유자에게는 가구원수에 따라 2개월분의 주거이전비를 지급한다(토지보상법 시행규칙 제54조 제1항).

86) 한국감정원, http://www.kab.co.kr/kab/home/business/housing_trans_expens01.jsp,

(최근접속일자 : 2017. 7. 6)

토지보상법 시행규칙 제54조 제3항에 따라 주거이전비의 보상금액은 ‘도시근로자가구의 가구원수별 월평균 명목 가계지출비’를 기준으로 산정한다. 주거이전비용을 결정하는 가구원수는 직계존비속뿐만 아니라 주민등록상에 등재된 함께 거주하고 있는 가구원수를 기준으로 하며, 공익사업의 시행기간 중에 출산·입양·혼인 등의 사유로 가구원수가 증가되면 이를 포함하여 지급한다.⁸⁷⁾ 가구원수에 따라 지급한다는 측면에서 주거이전비는 대물적 보상이 아닌 대인적 보상에 해당하고, 전통적인 손실보상보다는 생활권보상에 더 가깝다.

(2) 월평균 명목 가계지출비

실제 주거이전에 드는 비용을 산정하는 것이 아니라 명목 가계지출비를 통해 산정한다는 점에서 이사비⁸⁸⁾에 비해 실비변상적인 성격이 적음을 알 수 있다. 명목 가계지출비를 산정기준으로 둔 것은 다음과 같은 두 가지 전제에서 출발한 것으로 보인다.

첫째, 공익사업지구 내 세입자가 거주지를 상실해 이주함에 따라 가계의 수입원인 직장 또한 새로 구해야 하는 경우가 많다. 정비사업의 일종인 재개발사업지구를 비롯한 공익사업지구에서 거주하는 세입자는 주로 거주지의 근거리에서 경제활동을 하고 있었을 가능성이 높다. 따라서 이주 후 주거 및 근거리의 직장을 새로 구하는 동안 경제활동에 큰 장애가 초래되고 이에 따른 가계소득 상실을 보전할 필요가 있는 것이다. 둘째, 공익사업지구 내 세입자의 월별 가계소득과 가계지출은 비슷한 수준에서 형성될 가능성이 높다. 낙후된 지역에서 거주하는 세입자의 경우 소득에서 저축이 차지하는 비중이 높지 않을 것이기 때문이다.

즉, 주거이전비는 단순히 주거를 이전하는데 드는 비용의 보전이라기

87) 정진용, 『알기쉬운 공익사업과 토지보상』, 부연사, 2011, 378면.

88) 이사비의 경우 토지보상법 시행규칙 [별표4]에서 주택면적을 기준으로 동산의 이전비를 책정하고 있다.

보다는 생활터전의 상실로 인해 그 상실이 없었다면 얻을 수 있었던 수입을 기회비용으로 포함하여 보상하는 것이다.

(3) 산정 및 지급시기

토지보상법에는 명확한 산정 및 지급시기를 두고 있지 않아 문제가 된다. 서울시는 산정시기를 정비사업의 경우 세입자 조사완료 후 주거이전비 지급방침을 수립한 때를 기준으로 하고 있지만, 이와 같이 하면 조합이 산정시기를 마음대로 조작할 수 있다는 견해가 있다.⁸⁹⁾ 대법원은 정비사업의 경우 보상대상자의 요건 및 보상금액에 따른 보상의무가 정해지는 사업시행인가 고시가 있을 때를 기준으로 보상금액을 산정해야 한다고 판시한 바 있다.⁹⁰⁾

가옥소유자에 대한 주거이전비의 경우와는 달리⁹¹⁾, 세입자의 주거이전비 지급시기에 대해서도 산정시기와 마찬가지로 관계 법령에 규정이 없다. 대법원은 세입자 주거이전비 지급의무를 이행기의 정함이 없는 채무로 보아 이행청구를 받은 다음날부터 이행지체 책임이 있다고 본다(민법 제387조 제2항).⁹²⁾ 본 판례에서 산정 및 지급의무 발생시기로 보고 있는 사업시행인가 이후 세입자가 청구하면 이행기가 도래할 것이다. 현행 법령상 타당한 해석으로 보이나, 지급시기를 정하는 것에 대한 입법론적 검토가 필요하다. 충분한 세입자 보호를 위해 주거이전비 보상이 세입자의 퇴거에 대한 선이행의무가 되어야 한다는 점을 고려사항으로 두어야 할 것이다.

다. 연혁

89) 김은유·임승택, 앞의 책(실무토지보상), 622면.

90) 대법원 2012. 8. 30. 선고 2011두7755 판결.

91) 소유자에 대한 주거이전비는 토지보상법 시행규칙 제54조 제1항이 '해당 건축물에 대한 보상을 하는 때'로 명시하고 있다.

92) 대법원 2012. 4. 25. 선고 2010두7475 판결.

(1) 공특별의 주거대책비

주거이전비는 ‘주거대책비’라는 이름으로 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법(이하 ‘공특별’) 시행규칙에 1986. 11. 처음 등장하였다(동법 제30조의2). 세입자에 대한 명시적인 생활권보상 제도가 처음으로 도입된 시점이라는 점에서 특기할 만하다. 당해 규칙에서는 공공사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등이 있는 날 당해지역 안에서 1월 이상 거주한 자일 것을 요구했고, 가족 수에 따라 2월분의 주거대책비를 지급하였다. 이후 1989. 1. 24.에 이루어진 개정으로 요건이 강화되어 당해 지구에 3개월 이상 거주한 자일 것을 요구하게 되었지만, 보상도 3월분의 주거대책비로 강화되었다. 또한 무허가건축물 등에 입주한 세입자도 주거대책비의 지급대상이 되었다. 2003. 1. 1. 토지보상법이 제정되면서 현재와 같이 토지보상법 시행규칙 제54조에서 주거이전비의 요건을 정하게 되었다. 이 때 소유자에 대한 주거비와 세입자에 대한 주거대책비가 ‘주거이전비’라는 명칭으로 통합되었다.

(2) 주거이전비의 현실화

2007. 4. 12. 토지보상법 시행규칙 개정으로 세입자에 대한 주거이전비 지급이 보다 현실화되었다. 개정이유에 따르면 이와 같은 변화는 주거이전을 지원하여 신속한 이주를 촉진함으로써 공익사업을 원활하게 추진하기 위해 이루어진 것으로 보인다. 종전 시행규칙에 따라 지급되던 주거이전비는 실제 주거이전 비용에 비해 미흡하고 임대아파트를 공급받는 자나 무허가건축물 세입자에 대해서는 주거이전비를 보상하지 않았기 때문에 이주의 어려움이 야기된다고 본 것이다.⁹³⁾ 2007년 시행규칙 개정에 따라 보상금이 늘어남과 동시에 보상대상도 확대되었다. 주거이전비 보상금액이 도시근로자가구 월평균가계지출비 3개월분에서 4개월분으로 상향조정되었고, 임대아파트를 공급받는 세입자에게도 주거이전비

93) 2007. 4. 12. 법령개정 이유.

를 지급하게 되었으며, 무허가건축물 세입자에 대하여도 ‘1년 이상 거주’라는 요건 하에 지급하도록 하였다.

2. 주거이전비의 법적 성격

가. 판례의 태도

대법원 판례에 따르면 주거이전비는 당해 공익사업 시행지구 안에 거주하는 세입자들의 조기이주를 장려하여 사업추진을 원활하게 하려는 정책적인 목적과 주거이전으로 인하여 특별한 어려움을 겪게 될 세입자들을 대상으로 하는 사회보장적인 목적을 동시에 가지고 있다.⁹⁴⁾ 한편 이주대책은 전형적인 생활권 침해에 대한 보상으로 이해되고 있는데, 헌법재판소는 세입자들에게는 주거이전비의 보상이 이루어지므로 따로 이주대책을 수립하는 것이 재산권이나 평등권침해에 해당하지 않는다고 보아,⁹⁵⁾ 이주대책과 주거이전비를 대체적 관계의 보상항목으로 파악하였다. 즉, 판례는 주거이전비 보상을 전통적인 손실보상과 구별되는 생활권 보상의 일종으로 보는 것이다.

나. 생활권보상으로서의 주거이전비

주거이전비의 보상금은 새로운 주거지를 구하기 위해 실제로 드는 비용을 보상하는 것이 아니라 명목 가계지출비를 통해 일률적으로 산정된다. 공익사업으로 인해 세입자의 평온한 주거생활의 이익과 경제활동의 이익이 동시에 침해된 것으로 보아, 새로운 생활의 근거를 마련할 때까지 생활이익의 침해를 전보하는 기능을 갖고 있다. 주거이전비는 토지보상법 및 동법 시행규칙에 입법된 생활권보상 항목이므로, 주거이전비 보상청구권은 재산권으로서 보호된다. 앞서 본 바와 같이 물리적인 주거공

94) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006두2435 판결.

95) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2004헌마19 전원재판부 결정.

간의 상실은 그 자체로서 지속해오던 경제활동에도 큰 장애를 초래하므로 주거이전비 보상의 고유한 성격 또한 재산권보상의 성격을 갖는다.

3. 주거이전비의 지급 요건

주거이전비의 보상대상이 되는 세입자는 공익사업의 시행으로 인해 이주하는 경우여야 하며, 기준일 당시 해당 사업지구에서 3개월 이상 거주한 자여야 한다(토지보상법 제54조 제1항 본문). 이 때 무허가건축물의 세입자인 경우에는 사업지구에서 1년 이상 거주하였을 것을 요한다(동조 제1항 단서).

가. 공익사업의 시행으로 인한 이주

세입자의 이주가 ‘공익사업의 시행’으로 인한 것이어야 한다. 공익사업의 사업인정고시 당시 등을 기준으로 3월 이상 거주한 자라 하더라도 당해 사업의 시행으로 인한 건축물의 이전 또는 철거와 관계없는 사유로 이주했다면 세입자에 대한 주거이전비의 보상대상이 되지 않는다는 견해가 일반적이다.⁹⁶⁾ 그런데 행정법원의 태도에 의하면 보상금 지급 대상이 되면 일반적으로 공익사업의 시행으로 인하여 이주하는 것으로 파악해 이 요건을 엄격하게 해석하고 있지는 않은 것으로 보인다. 사업실시계획 인가를 받은 뒤 주거이전비를 수령하기 전에 화재로 건물이 소실된 경우 직접적인 이주 원인은 공익사업의 시행이라기보다는 화재이지만, 이 경우에도 법원은 주거이전비의 지급 의무를 인정했다.⁹⁷⁾ 일단 사업인정 당시 거주 요건을 충족시켜 지급대상자에 해당하면, 이후 다른 원인으로 거주지를 옮기게 된다고 하더라도 주거이전비의 지급대상에 해당한다는 것을 알 수 있다.

한편 최근의 판례는 ‘공익사업의 시행으로 인하여 이주하게 되는’ 세

96) 박평준, 『공익사업용지취득보상법』, 고시연구사, 2004, 516면.

97) 서울행정법원 2005. 3. 3. 선고 2004구합32609 판결.

입자를 주거이전비 지급대상으로 정하고 있는 의미가 주거이전비 지급을 위하여 먼저 세입자가 이주하였을 것을 전제하는 것은 아니라고 한다.⁹⁸⁾ 따라서 주거이전비를 지급받기 위한 전제로서 세입자가 정비구역 밖으로 먼저 또는 그 지급과 동시에 이주하여야 할 필요는 없다.⁹⁹⁾

나. 주거용 건축물

주거이전비는 ‘주거용 건축물’의 세입자에게만 지급된다. 주거용 건축물은 영업활동의 장소인 상가용 건축물보다 생활터전이라는 측면에 더욱 가깝다. 대법원 판례는 공부상 주거용으로 용도가 정해져있지 않은 건축물을 허가·신고 등 적법한 절차 없이 임의로 주거용으로 용도를 변경하여 사용한 경우 이를 주거용 건축물이 아닌 무허가건축물에 해당된다고 보았다.¹⁰⁰⁾ 따라서 이 경우 토지보상법 시행규칙 제54조 제2항 단서의 무허가건축물 세입자 거주 요건인 ‘1년’을 충족해야 한다. 이와 같은 태도는 종전 하급심 판례에서 주거이전비의 지급대상인 주거용 건축물인지를 판단함에 있어 공부상 용도 등 형식적인 기준보다 실제로 사용되는 용도를 기준으로 판단해왔던 태도와 배치된다.¹⁰¹⁾

다. 세입자

세입자에게 소유자에 비해 더 많은 보상액인 4개월분의 주거이전비를 보상한다는 것은 앞서 보았다. 최근의 대법원 판례¹⁰²⁾는 사업구역 내 타인의 주거용 건축물에 거주하는 세입자라고 하더라도, 사업구역 내 주거

98) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015두46673 판결.

99) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015두46673 판결.

100) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2012두11072 판결.

101) 대구지방법원 2009. 10. 28. 선고 2009구합1183 판결, 본 사안의 건물은 건축물 대장에 용도가 ‘주택’으로 기재되어 있다가 원고가 전입한 이후에 용도가 ‘일반음식점’으로 변경되었다. 법원은 이 건물이 외관상 주택의 형태로 건축되어 있고, 실제로 원고가 거주한 방에는 가구, 가전제품 등이 놓여 있었으며, 원고가 이미 전입신고를 마치고 실제로 거주하였다는 점을 들어 ‘주거용 건축물’에 해당한다고 보았다.

102) 대법원 2017. 10. 31. 선고 2017두40068 판결.

용 건축물을 소유하는 ‘소유자 겸 세입자’는 세입자로서의 주거이전비(4개월분)의 지급대상은 아니라고 보았다. 그 논거로 판례는 사업구역 내 소유자는 실질적으로 사업시행자와 유사하며, 세입자처럼 주거이전으로 특별한 어려움을 겪는 대상이라고 보기 어렵기 때문에 이들에 대한 보상까지 조합·조합원의 부담으로 할 수 없다고 보았다. 이 판례는 똑같이 주거공간의 상실이라는 손실을 입는다고 하더라도 실질적으로 개발이익을 누리게 되는 소유자와 그렇지 못한 세입자 간의 중요한 차이를 논하였다는 점에서 의미가 있다.

라. 기준일로부터 3개월 이상 거주

(1) 일반론

토지보상법 시행규칙은 주거이전비를 보상받기 위한 자격으로 사업인정고시일등 당시 또는 공익사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등이 있는 당시 해당 공익사업시행지구 안에서 3개월 이상 거주할 것을 요한다(동법 시행규칙 제54조 제2항). 이는 보상금수령을 목적으로 다른 지역으로부터 공익사업시행지구 안으로 이전하는 것을 막기 위한 조치이며, 통상 사업인정고시 또는 공익사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등 중에서 가장 빠른 날을 기준으로 3개월을 산정한다.¹⁰³⁾

(2) 정비사업의 경우

1) 문제점

정비사업에서의 사업인정고시는 ‘사업시행인가의 고시(도시정비법 제28조 제4항)’이며, 사업시행인가의 고시와 공익사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등 중 가장 빠른 날은 ‘정비계획의 공람공고일(시행령 제11

103) 박평준, 앞의 책(공익사업용지취득보상법), 515면.

조)’이 된다. 따라서 위의 일반적인 기준일 산정에 의하면 ‘정비계획의 공람공고일’이 지급기준일이 될 것이다. 그러나 정비계획의 공람공고일부터 실질적인 수용권이 발동하는 사업시행인가까지 많은 시간이 소요되는 정비사업의 특성상 지급기준일을 언제로 보아야 하는지에 대해 논란이 있어왔다.

2009년 8월에 도시정비법 시행규칙이 개정되기 이전에는 주거이전비의 지급시기에 대해 동법 제40조 제1항에 따라 토지보상법의 조항이 단순히 준용되어 ‘기준일로부터 3개월 거주요건’이 적용되었다. 따라서 정비사업의 경우 ‘사업인정고시일 또는 공익사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등이 있는 당시’라는 지급기준일 요건을 언제로 보아야 하는지 문제되어 왔다.

2) 2009. 8. 13. 법령 개정 이전

법령 개정 이전에는 ‘정비계획 공람공고일’과 ‘사업시행인가 고시일’이 각각 주장되어 왔다. 이에 하급심 판례는 사업시행인가고시일이 되어야 한다고 판시해 왔다. 정비사업의 초기 단계에서 이루어지는 정비구역지정고시의 경우 이후 단계에서 정비구역이 확대되거나 축소될 가능성이 있고, 주택재개발사업의 시행여부가 확정되는 조합설립인가까지 상당한 시간이 소요될 수 있다는 것이 하급심 판례의 주요 논거였다.¹⁰⁴⁾ 사업시행인가 고시가 있는 때를 토지보상법에서 정한 사업인정 및 고시가 있는 것으로 보고, 이 때를 기준으로 보상금액이 산정되어야 한다고 본 대법원 판례¹⁰⁵⁾도 있었지만 명시적으로 지급기준일을 언급한 것은 아니었다.

3) 2009. 8. 13. 법령 개정 이후

사업시행인가 고시일을 기준일로 본 하급심 판례들에도 불구하고,

104) 서울행정법원 2008. 11. 26. 선고 2008구합37459 판결.

105) 대법원 2012. 8. 30. 선고 2011두7755 판결.

2009. 8. 13. 국토해양부령 제157호로 개정된 도시정비법 시행규칙은 ‘제9조의2(손실보상 등)’을 신설하여 지급기준일 논란에 종지부를 찍었다. 동법 제9조의2(현행 제9조의2 제3항)에 의해 주거이전비 보상기준일이 ‘정비계획 공람공고일’로 정해진 것이다. 그러나 법문은 정비계획 공람공고일 현재 해당 정비구역에 거주하고 있는 세입자를 대상으로 한다고만 되어있고, 토지보상법의 3개월 요건이 적용되는지 여부가 불분명했다. 이에 법제처는 해당 규정은 보상대상자를 정하는 기준일(기준시점)이 사업인정고시일 등이 아닌 정비구역 지정 공람공고일을 명시하기 위한 규정이기며 거주기간요건은 토지보상법을 준용해야 한다고 보았다. 위와 같은 내용의 회신과 함께 입법적으로 거주기간요건 또한 명확히 규정하도록 법령정비권고를 한 바 있다.¹⁰⁶⁾

2012. 8. 2. 국토해양부령 제506호로 개정된 도시정비법 시행규칙은 법문에 ‘「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙」 제54조 제2항 본문에도 불구하고’라는 표현을 추가하였다(동법 시행규칙 제9조의2 제2항). 이에 따라 정비사업의 경우 명시적으로 토지보상법의 3개월 거주요건을 배제하여, 공람공고일 당시 거주하고 있는 세입자는 그 전에 거주한 기간과 관계없이 주거이전비의 보상대상이 되는 것으로 보인다. 한편, 개정된 시행규칙 조문이 토지보상법 제54조 제2항 ‘본문’만 배제하고 있어 제54조 2항 ‘단서’에서 정한 무허가건축물 세입자의 경우에도 기준일을 정비구역지정공람공고일로 볼 수 있는지 불분명한 것은 문제로 남아있다.

4) 계속거주요건의 요부

3개월 거주요건은 배제되었으나 여전히 토지보상법 시행규칙 제54조 제2항의 ‘공익사업의 시행으로 인한 이주’ 요건을 충족시키기 위해서는 일정한 시점까지의 거주요건(이하 ‘계속거주요건’이라 한다)을 두어야 한

106) 법제처 2011. 6. 16. 회신 11-0191 해석례 참고.

다는 견해가 있다.¹⁰⁷⁾ 수용권이 부여되며 건축물의 사용·수익 제한(도시정비법 제49조 제6항)이 이루어지는 사업시행인가 공고일까지 거주해야 공익사업의 시행으로 인하여 이주하였다는 인과관계 요건이 충족된다는 것이다.

이에 법 문언이 명시적으로 특정 시점까지 거주할 것을 요구하지 않으며, 임의로 기준일을 늦추면 그 사이에 세입자들의 임대차기간이 만료되어 보상을 받지 못하게 되는 피해를 입을 수 있다는 반대주장이 대립한다.¹⁰⁸⁾ 국민권익위원회 또한 사업시행자가 기준일 이후로 계속 거주할 것을 요구해 지급요건을 강화시키는 것은 위법하다고 보았다.¹⁰⁹⁾

계속거주요건과 관련하여 대법원은 보상 방법 및 금액 등의 보상내용은 원칙적으로 사업시행계획 인가고시일에 확정된다고 보면서도,¹¹⁰⁾ 보상내용이 확정된 세입자는 그 확정된 주거이전비를 청구할 수 있고 관리처분계획 인가고시일까지 계속 거주하여야 할 필요는 없다고 한다.¹¹¹⁾ 이는 소유자에 대한 주거이전비의 보상은 주거용 건축물에 대하여 정비계획에 관한 공람공고일부터 해당 건축물에 대한 보상을 하는 때까지 계속하여 소유 및 거주한 자들을 대상으로 한다는 판례의 태도와 대비된다. 소유자에 대해서는 명확한 지급시기가 있기 때문에 지급시기까지 거주할 것을 요건으로 하는 것이다.¹¹²⁾ 사업시행인가 고시일에 주거이전비 지급 의무가 발생하므로 그 시기까지 거주해야 한다고 볼 수도 있지만, 정비계획 공람공고일을 지급기준일로 본 법령 개정 이후의 규칙이 적용

107) 김은유·임승택, 앞의 책(실무토지보상), 619면.

108) 차태환, 『토지보상법론』, 부연사, 2010, 287면, 485면.

109) 국민권익위원회 2014. 2. 3. 주택건축민원과 보도자료,

http://edu.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetail&menuId=050508&method=searchDetailViewInc&boardNum=36213&currPageNo=92&conflId=4&conConflId=4&conTabId=0&conSearchCol=BOARD_TITLE&conSearchSort=A.BOARD_REG_DATE+DESC%2C+BOARD_NUM+DESC (최근접속일자 : 2017. 2. 23.)

110) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010두13890 판결.

111) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두23603 판결.

112) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012두19519 판결.

되는 사안에서의 대법원의 태도는 뚜렷하지 않다.

주거이전비의 지급기준일을 세입자들의 신뢰가 형성될 수 있는 가장 초기의 시점인 ‘정비계획 공람공고일’로 본 이상, 계속거주요건까지 요구하면 보상의 범위를 과도하게 축소시킬 우려가 있다. 특히 주택임대차보호법에서 세입자가 주장할 수 있는 일반적인 임차기간이 원칙적으로 2년이라는 점에서¹¹³⁾ 정비계획 공람공고일이 사업시행인가로부터 2년 이상 전에 있으면 소유자의 임대차계약 갱신거절의사가 있으면 세입자는 전혀 보상을 받을 수 없게 된다. 이러한 문제는 정비계획 공람공고일이 사업 전체에 있어 지나치게 이른 시점이라는 데에서 기인하는데, 이에 대해서는 아래에서 후술하기로 한다.

5) 소결

2012년 법 개정은 정비계획 공람공고일이라는 가장 초기의 시점에 보상대상을 정하는 대신 3개월 거주 요건을 배제하는 방식을 택했다. 실무에서는 정비구역 지정 공람공고일과 사업시행인가고시일 사이에 긴 시간이 소요되므로 3개월 거주 요건이 배제된 것을 감안하더라도 보상 기준일이 상당히 빨라졌음을 알 수 있다. 정비구역 지정은 세입자들의 투기적인 이주를 촉발시킬 수 있는 가장 빠른 시점이라는 점에서 법 개정은 이와 같은 보상금 수령을 위한 이주를 막을 수 있는 가장 효과적인 방법이다.

이와 같이 보상의 범위를 축소시켜 효율적인 정비사업을 가능하게 한다는 장점에도 불구하고, 정비계획 공람공고일은 주거이전비 지급 기준으로 삼기에는 지나치게 이른 시점으로 보인다. 정비구역이 지정되었다고 하더라도 조합이 설립되기까지는 시간이 필요하며, 추후 지정된 구역의 범위가 변경될 가능성이 크다. 보상의 주체와 대상이 모두 확정되지

113) 차태환, 앞의 책(토지보상법론), 484면.

많은 시점을 기준으로 보상 범위를 정하는 것은 사업에 긴 시간이 소요되는 정비사업의 특성에 맞지 않는다.

주거이전비가 소유자에 비해서 더욱 열악한 생활환경에 처한 세입자의 생활이익 침해를 보전해주는 성격을 갖고 있다는 점에 주목해 볼 때, 사업시행인가를 기준으로 삼는 것이 타당해 보인다. 투기적인 이주가 지나치게 확대될 것이 우려된다면, 거주기간요건을 강화하는 것이 더 적절한 해결방법으로 보인다.

(3) 택지개발사업의 경우

택지개발사업에 관하여 판례는 주거이전비의 경우와 다르게 택지개발예정지구의 지정에 관한 공람공고일 당시 당해 사업시행지구 안에서 3월 이상 거주한 자를 대상으로 한다고 보았다.¹¹⁴⁾ 택지개발예정지구 지정 대상의 명칭·위치 및 면적 등이 외부에 공표됨으로써 주민 등이 택지개발사업이 시행될 예정임을 알 수 있게 된 때를 기준으로 해야 한다는 것이 그 논거이다. 택지개발사업의 경우 정비사업과는 달리 조합설립인가 등의 절차가 남아있지 않아 상대적으로 택지개발예정지구지정 이후 사업이 좌초되거나 크게 변경될 가능성이 적다고 보아 차별을 둔 것으로 보인다. 2009년 도시정비법 개정으로 인해 정비사업과 택지개발사업의 기준일이 통일되었다.

마. 기타 지급청구권자에 관한 문제

판례는 아들 소유의 주택에서 거주해온 소유자나 세입자가 아닌 가구원은 직접 주거이전비의 지급을 구할 수 없다고 한다.¹¹⁵⁾ 임차권이나 전세권의 명의자가 아닌 자는 스스로 지급을 구할 수 없다.

114) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2008두10829 판결.

115) 대법원 2011. 8. 25. 선고 2010두4131 판결

도시정비법 제36조 제1항은 세입자에 대해 임시수용시설을 제공할 것을 요구하고 있다. 판례는 이와 같은 임시수용시설을 제공받는 세입자라고 하더라도 별도로 주거이전비를 청구할 수 있다고 보았다.¹¹⁶⁾ 아울러 본 판례에서는 세입자를 위한 주거이전비가 사회보장적 차원에서 지급되는 것임을 강조하며, 이를 규정하는 토지보상법 시행규칙 제54조 제2항은 당사자의 합의 또는 사업시행자의 재량에 의하여 적용을 배제할 수 없는 강행규정으로 보았다.

II. 이사비

1. 이사비의 의의

토지보상법은 제78조에서 ‘동산의 운반에 필요한 비용을 산정하여 보상할 것’을 정하고 있고, 동법 시행규칙 제55조 1항에서 ‘동산의 이전비’라는 이름으로 이를 구체화하고 있다. 본 조항에서는 ‘이전에 소요되는 비용’ 외에 ‘이전에 따른 감손상당액’까지 보상하도록 되어 있다. 이사비 지급의 기준이 되는 [별표4]는 주택연면적 기준에 따라 노임, 차량운임, 포장비를 정하고 있다. 주택의 연면적이 넓으면 상대적으로 이전해야 하는 동산의 양도 많을 것으로 생각하여 책정한 것으로 보인다.

2. 이사비의 법적 성격

대법원은 이사비 또한 주거이전비와 마찬가지로 당해 공익사업시행지구 안에 거주하는 세입자들의 조기이주를 장려하여 사업추진을 원활하게 하려는 정책적인 목적과 주거이전으로 인하여 특별한 어려움을 겪게 될 세입자들을 대상으로 하는 사회보장적인 차원에서 지급되는 금원의 성격을 동시에 갖는다고 보았다.¹¹⁷⁾

116) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011두3685 판결

117) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006두2435 판결.

이사비는 노임, 차량운임, 포장비 등 동산을 이전하는 데에 드는 비용과 밀접하게 연관되어 있는 항목을 토대로 계산한다는 측면에서 실비변상적 성격이 강하다. 반면 이사짐의 유무나 다과를 묻지 아니하고 주택면적만을 기준으로 일률적으로 산정하고 있고, 별표에서 정하는 금액이 실제로 필요할 것으로 보이는 금액을 충분히 상회한다는 점에서 단순히 실비변상뿐만 아니라 물리적 공간 상실에 대한 재산권, 생활권적 보상으로 보는 견해도 있다.¹¹⁸⁾

Ⅲ. 이주대책

1. 이주대책의 의의

토지보상법은 주거를 상실하는 ‘소유자’에게는 생활대책의 일환으로 이주대책을 수립할 것을 규정하고 있다(토지보상법 제78조 제1항 내지 제4항). 공익사업의 시행으로 마을 등이 통째로 사라진 경우 재산권에 대한 보상만으로는 기존의 생활상태를 유지할 수 없기 때문에 사업지구 밖에 새로운 생활의 근거를 마련해주는 것이다. 이주대책은 여러 형태의 생활권보상 중에서도 가장 직접적인 방법이다. 동법 시행령 제40조 제2항은 이주대책 수립 의무가 발생하는 요건을 정하고 있고, 제41조에서 이주정착금과 이를 선택적 관계로 두고 있다.

2. 세입자와 이주대책

이주대책은 생활의 근거지 상실을 보상하는 가장 직접적인 방법이지만 토지보상법은 세입자를 위한 이주대책 수립의 근거규정은 마련하고

118) 김현룡, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제78조 제5항, 같은 법 시행규칙 제54조 제2항, 제55조 제2항에 의한 “세입자의 주거이전비 및 이사비 지급청구권”의 발생요건」, 『대법원판례해설』 61호, 2006, 136-137면.

있지 않다. 오히려, 토지보상법 시행령 제40조 제3항 3호에서 세입자는 이주대책의 대상자에서 명시적으로 배제되고 있다. 실무에서는 이와 다르게 세입자를 위해서도 이주대책을 마련하는 경우가 많다. 서울위례지구 · 마곡지구 등과 같은 대규모택지개발지구 · 도시개발사업지구 등은 사업시행자의 내부규정에 의해 이주대책대상자에 세입자를 포함하고 있다.¹¹⁹⁾

헌법재판소는 토지보상법이 세입자에게 이주대책을 부여하지 않는 것이 재산권침해와 평등권 침해를 구성하지 않는다고 한다.¹²⁰⁾ 본 결정은 그 근거에 대하여 이주대책이 입법정책적 재량의 영역에 속하여 정당한 보상에 포함되지 않는다는 점과, 소유자의 영구적 생활 근거지 상실과 세입자의 임시 근거지 상실에는 차이가 있으므로 불합리한 차별이 아니라는 점을 들고 있다.

119) 전병준, 앞의 논문(주택재개발·재건축에 있어서 세입자의 생활보상에 관한 연구), 38면.

120) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2004헌마19 전원재판부.

제 3 절 그 외 법률의 주택세입자보상

I. 임대아파트

1. 정비사업으로 건설하는 임대주택

가. 임대주택 건설 의무

도시정비법은 사업시행자에게 정비사업으로 건설하는 주택 중 일정 비율을 임대주택으로 건설할 의무를 부과하고 있다. 이는 정비사업의 시행에 따라 주거를 상실하는 주민의 재정착을 도모하기 위함이다. 도시정비법에 따라 국토교통부장관은 주택수급의 안정과 저소득 주민의 입주기회 확대를 위하여 정비사업으로 건설하는 주택에 대하여 대통령령으로 정하는 범위 안에서 임대주택의 건설비율을 정할 수 있으며, 사업시행자는 고시된 내용에 따라 주택을 건설하여야 한다(도시정비법 제4조의2)

나. 임대주택의 공급 기준

정비사업으로 건설되는 임대주택은 도시정비법 시행령이 정하는 범위 안에서 사업시행자가 공급 기준을 정할 수 있도록 하고 있다. 도시정비법 시행령 제54조 제2항, [별표3]에 의하면 임대주택은 기준일 3월전부터 당해 주택재개발사업을 위한 정비구역 또는 다른 주택재개발사업을 위한 정비구역 안에 거주하는 세입자에 해당하는 자로서 입주를 희망하는 자에게 공급하도록 되어 있다.

다. 공공부분의 재개발건설주택 인수 및 공급의무

도시정비법은 임대주택의 공급이 주거복지라는 본래 목적에 맞게 이루어질 수 있도록 조함이 요청하는 경우 주택재개발사업으로 건설된 임

대주택을 국토해양부장관을 비롯한 공공부문이 인수하도록 하였다(도시정비법 제50조 제3항). 또한 국토교통부장관 등은 정비구역에 세입자 등의 요청이 있을 경우 인수한 임대주택의 일부를 토지임대부 분양주택으로 전환하여 공급하여야 한다(동법 제50조 제7항). 도시정비법 시행령은 재개발임대주택 인수방법 및 절차 등을 자세히 정하고 있다(동시행령 제54조의2).

도시정비법은 주택세입자가 이와 같은 토지임대부 분양주택을 공급받을 자력이 없는 경우에 대비하여, 국가 또는 지방자치단체가 분양주택을 공급받는 자에게 해당 공급비용의 전부 또는 일부를 보조 또는 융자할 수 있는 규정도 마련하고 있다(동법 제63조 제6항).

2. 국민주택의 특별공급

주택법의 특별규정은 국민주택을 건설량의 10퍼센트 범위에서 주택재개발사업 또는 주거환경개선사업으로 철거되는 주택의 세입자로서 해당사업을 위한 고시 등이 있는 날(주거환경개선사업의 경우 도시정비법 시행령 [별표2] 제2호 가목에 따른 기준일) 현재 3개월 이상 거주한 자에 대하여 특별공급할 수 있도록 하고 있다(주택공급에 관한 규칙 제35조 제1항 제12호 및 제13호). 한편, 「서울특별시 철거민 등에 대한 국민주택특별공급규칙」 제5조는 위 조항에 따른 특별공급의 기준과 절차를 구체화하고 있다.

II. 공사 기간의 이주대책

도시정비법은 사업구역 내 세입자에 대해 포괄적인 주거 이주대책을 마련하고 있지는 않지만, 공사기간 동안에 한정된 이주대책 제공에 관한 규정을 두고 있다. 순환정비방식, 임시수용시설의 설치 또는 주택자금의 융자알선 등이 이에 해당한다.

1. 순환정비방식 사업

순환정비방식은 사업지구가 철거되기 전에 주민을 먼저 이주시키고 개발이 완료되면 원래의 거주지로 재정착할 수 있도록 돕는 사업방식이다. 도시정비법에 따르면 사업시행자는 정비구역의 내·외에 새로 건설한 주택 또는 이미 건설되어 있는 주택에 그 정비사업의 시행으로 철거되는 주택의 소유자 또는 세입자가 임시로 거주하게 하는 등의 방식으로 그 정비구역을 순차적으로 정비해야 한다(도시정비법 제35조). 동 조항은 당초 주택소유자에게만 적용되던 임의조항이었으나 법 개정을 통해 2006년 세입자가 대상으로 포함되었고, 2009년 강제조항으로 바뀌었다.

2. 임시수용시설 설치 및 주택자금의 융자알선

도시정비법은 주거환경개선사업 및 주택재개발사업의 시행으로 철거되는 주택의 소유자 또는 세입자에 대하여 임대주택 등의 시설에 임시로 거주하게 하거나, 주택자금의 융자알선 등 임시수용에 상응하는 조치를 하도록 하는 규정을 두고 있다(동법 제36조 제1항). 동 조항 역시 주택의 소유자에게만 적용되었으나, 2006년 법 개정을 통해 세입자에게도 확대 적용되었다.

제 4 장 상가세입자보상

제 1 절 서설

토지보상법에서 정하고 있는 상가세입자에 대한 보상항목으로는 동법 제77조 제1항에서 규정하는 영업손실보상이 있다. 영업손실보상에 관한 지급요건 등은 동법 시행규칙 제45조 내지 47조와 제52조에 걸쳐 자세히 규정되어 있다. 동법에 주택세입자를 위한 보상항목으로 주거이전비와 이사비 등이 규정되어 있고, 주택세입자에게 국민임대주택의 우선공급과 같은 보상내용을 규정하는 주택공급에 관한 규칙 등이 마련되어 있는 것에 비해 상가세입자보상은 제한적임을 알 수 있다.

상가세입자에 대한 보상이 더욱 불충분하게 느껴지는 것은 금전적 보상만이 이루어질 뿐, 임시매장 설치 등의 실효성 있는 보상이 이루어지지 않고 실제로 가장 큰 금전적 손실로 느껴지는 권리금 회수 기회의 상실에 대한 보상이 이루어지지 않는데서 기인한다. 이에 권리금에 대한 종전의 논의 및 상임법에 신설된 규정을 살펴보고, 권리금 보상이 정당한 보상의 영역에 포함되는지 검토할 필요가 있다.

제 2 절 상가세입자에 대한 보상내용

I. 영업손실보상

1. 영업손실보상의 의의

영업손실보상은 영업을 폐지하거나 휴업함에 따른 영업손실에 대하여 영업이익과 시설이전비용 등을 고려하여 보상하는 제도이다(토지보상법 제77조, 동법 시행규칙 제 45조 내지 제47조). 영업손실보상은 영업의 주체를 파악하여 그를 대상으로 직접 보상해주므로 세입자에 대한 영업손실보상 문제가 종종 발생한다. 영업손실보상은 일실손실에 대해서도 보상한다는 점에서 단순히 영업의 물적 시설에 대한 대물적 성격의 보상이 아니라 영업공간의 사용수익권에 대한 대인적 보상을 겸한다.

영업손실보상이 ‘영업권’에 대한 보상인지에 관하여 논란이 있다. 판례는 영업권을 그 기업의 ‘전통, 사회적 신용, 입지조건, 특수한 제조기술 또는 거래관계의 존재 등 영업상의 기능 내지 특성’으로 인하여 동종의 사업을 영위하는 다른 기업의 통상수익보다 높은 수익을 올릴 수 있는 무형의 재산적 가치라고 정의한다.¹²¹⁾ 부정설은 영업손실보상이 널리 통용되는 법적 개념인 ‘영업권’을 보상의 객체로 삼지 않고 단지 사실적인 경제활동의 총체로서의 영업에 대한 손실을 보상하도록 한 데에는 제도의 탄력적인 운용을 도모하기 위한 입법자의 의도가 내재되어 있으므로 영업권을 보상의 객체로 삼을 경우 이와 같은 입법취지가 무색해진다고 한다.¹²²⁾ 토지보상법이 보상의 대상으로 하고 있는 영업은 반드시 다른 기업보다 더 높은 수익을 올릴 수 있게 해주는 수단일 필요는 없으며, 후술하는 요건을 충족하는 조건 하에 더 넓은 범위에서 인정된다는

121) 대법원 1986. 2. 11. 선고 85누592 판결.

122) 정기상, 「영업손실보상의 대상인 영업의 개념과 범위」, 『사법』 24호, 2013, 219면.

점에서 부정설이 타당하다.

2. 영업손실보상의 법적 성격

영업손실보상은 주로 공익사업의 시행으로 인해 상실되는 영업이익을 보상하는 형태로 이루어진다는 점에서 주택세입자에 대한 보상항목에 비해 헌법 제23조와의 밀접한 관계가 보다 직관적으로 파악된다.

영업손실보상은 ‘재산권 수용에 부대하는 손실’의 일종으로 볼 수 있고, 생활보상의 범위를 넓게 보는 광의설에 의하면 이와 같은 손실에 대한 보상도 생활보상의 영역에 포섭된다. 이에 영업손실보상은 사업시행자가 무언가를 취득하는 데에 대한 대가의 성격을 가진 것이 아니므로 생활보상일 뿐이지 재산권보상과 같은 평면에서 논의하기는 어렵다는 견해가 있다.¹²³⁾ 그러나, 영업손실보상을 생활보상의 일종으로 파악하더라도, 생활보상 중에서도 재산권보상의 성격을 가진 보상항목이 많다는 것은 앞서 본 바와 같다. 재산권 수용에 부대하는 손실을 보상하지 않는 것은 헌법 제23조 제3항의 ‘정당한 보상’을 한 것으로 볼 수 없기 때문에 영업손실보상은 당연히 재산권보상의 체계에 포섭된다.

3. 영업손실보상의 요건

토지보상법 시행규칙 제45조에서 영업손실보상의 요건을 규정하고 있다. 영업손실보상의 보상대상인 영업은 사업인정고시일등 전부터 적법한 장소(무허가건축물등, 불법형질변경토지, 그 밖에 다른 법령에서 물건을 쌓아놓는 행위가 금지되는 장소가 아닌 곳을 말한다)에서 인적·물적시설을 갖추고 계속적으로 행하고 있는 영업이어야 하며(동조 제1호), 영업을 행함에 있어서 관계법령에 의한 허가 등을 필요로 하는 경우에는 사

123) 정기상, 앞의 논문(영업손실보상의 대상인 영업의 개념과 범위), 219-220면.

업인정고시일등 전에 허가 등을 받아 그 내용대로 행하고 있는 영업이어야 한다(동조 제2호).

가. 사업인정고시일등 전

영업손실보상의 대상이 되는 영업은 사업인정고시일등의 이전부터 행하고 있는 영업이어야 한다. 사업인정고시일등의 일정한 시점 이후에 비로소 영업을 개시한 자는 영업이 사업으로 인한 장애를 받을 것을 알고 시작한 것이므로 특별한 손실이 있다고 볼 수 없기 때문이다.¹²⁴⁾

법문은 이를 ‘사업인정고시일등’이라고 규정하여 그 의미가 불분명한 측면이 있다. 이에 대해 동 조항이 원칙적으로 사업인정고시일을 보상대상인 영업의 판정 기준시점으로 삼고, 그 이전의 시점이라도 구체적인 공익사업의 시행사실과 그 내용 및 범위 등을 예측할 수 있다면 그 시점을 보상여부를 나누는 기준시점으로 삼는 것이 합리적이라는 고려에서 이와 같은 문구를 사용하여 구체적 타당성을 부여하고자 한 것이라는 견해가 있다.¹²⁵⁾ 현행 규칙의 문언상 위와 같은 해석은 적절하나, 보상의 요건이 되는 중요한 시기적 기준을 이와 같이 분명치 않게 잡는 것은 구체적 타당성의 요구를 감안하더라도 세입자의 보호 측면에서는 문제가 있다 ‘사업인정고시일등’이라는 표현을 쓴 것이 사업에 대한 예측가능성이 있는 사업인정고시일 이전 시점을 나타내고자 한 것이라면 이러한 취지를 법문에 직접 표현하는 것이 보다 타당한 방법으로 보인다.

나. 장소의 적법성

2007. 4. 12. 개정 전 토지보상법은 영업이 ‘일정한 장소’에서 이루어질 것만을 요구하고 있었으나, 동 개정 후에는 ‘적법한 장소’에서 이루어

124) 박평준·박창석, 『보상행정법』, 도서출판 리북스, 2012, 740면.

125) 정기상, 앞의 논문(영업손실보상의 대상인 영업의 개념과 범위), 224면.

져야 한다는 요건이 추가되었다. 토지보상법 시행규칙 제45조 제1호는 마치 적법성을 영업자체에만 요구하는 것이 아니라, 영업을 하고 있는 건축물에까지 요구한 것처럼 보이는데, 적법한 건축물이 아닌 곳에서의 영업을 영업보상대상에서 제외시켜야 하는지 문제된다.

시행규칙이 개정되기 전, 건설교통부 유권해석과 하급심판례는 각기 다른 견해를 취하고 있었다. 건설교통부 유권해석은 무허가건축물에서 이루어지는 영업을 무허가영업으로 분류하여 보상대상에서 제외하였다.¹²⁶⁾ 다만 판례는 영업손실보상에 제외되는 영업은 영업에 관한 허가 등을 받지 않은 경우에 제한된다고 보아 영업장소인 건축물에 관한 허가 여부와는 직접적인 관련이 없다고 보았다.¹²⁷⁾

영업 자체의 적법성 외에 장소의 적법성까지 요구하는 것은 보호가치 있는 영업만을 보상의 대상으로 삼겠다는 결단으로 보인다. 그러나 다른 법령에서 무허가건축물, 토지의 불법형질변경 등을 제재대상으로 삼아서 해결하면 되는 것이지, 보상의 단계에서 이를 문제 삼아 배제하는 것은 적절하지 않다. 다만, 하급심 판례가 반대의 견해를 취했음에도 법 개정에서 명시적으로 적법한 장소 요건을 추가하였으므로 현행법의 해석론으로는 장소의 적법성 또한 요구된다고 보아야 무리가 없을 것이다.

한편 세입자보상 측면에서 특기할 것은 동 조항 제1호의 단서가 무허가건축물이라고 하더라도 임차인이 영업하는 경우의 예외를 두어 보호한다는 것이다. 무허가 건축물의 ‘임차인’만이 해당하며, 사업인정고시일 등 1년 이전부터 「부가가치세법」에 따라 사업자등록을 한 영업이어야 한다. 이 요건은 평가의 객관성을 제고함과 동시에 보상 투기를 방지하고자 하는 데에 그 목적이 있다.¹²⁸⁾

126) 건설교통부질의회신 2001. 2. 15. 토관 58342-1206.

127) 서울고등법원 2007. 3. 16. 선고 2007누19787 판결.

128) 김은유·임승택, 앞의 책(실무토지보상), 571면.

다. 영리성

2007. 4. 12. 시행규칙 개정으로 ‘영리목적’ 요건이 삭제되었다. 동 개정 전 건설교통부질의회신 등은 비영리법인은 영업보상을 받을 수 없다는 전제 하에 영리를 목적으로 하지 않는 유치원 영업¹²⁹⁾, 종교행위¹³⁰⁾ 등은 영업손실보상의 대상이 되지 않는다고 보아왔다. 이에 주관적 의사에 해당하는 ‘영리목적’보다 객관적 요소인 ‘유상성’¹³¹⁾으로 대체해야 한다는 견해가 있다.¹³²⁾ 생각건대, 현대사회에서 비영리법인이 수행하는 다양한 기능과 이 중 오히려 보호가치가 높은 영업들이 존재할 수 있다는 점을 고려할 때 유상행위를 하는 비영리법인의 영업도 폭넓게 보호하는 것이 타당하다.

라. 영업의 적법성

법문에 의하면 관계법령에 의하여 허가 등을 필요로 하는 영업에 대하여 그러한 허가 등을 받지 아니하거나 등록을 하지 아니하고 행한 경우는 물론, 그 내용대로 영업하지 아니한 경우에도 보상의 대상에서 제외된다. 이러한 경우라도 토지보상법은 제52조에 특칙을 두고 있어 일정한 금액에 한하여 보상을 인정한다.

하급심 판례¹³³⁾는 위 허가 등의 과정에 다소의 절차적 위법이 있었다고 하더라도 허가 등이 당연무효이거나 취소되어 효력을 상실하지 않은 경우에는 관계법령에 의한 허가 등을 받은 경우라고 한다. 또한 체육시설업의 영업주체가 영업시설의 양도나 임대 등에 의하여 변경되었음에도 그에 관한 신고를 하지 않은 채 영업을 하던 중에 공익사업으로 영업을 폐지 또는 휴업하게 된 경우라고 하더라도, 그 임차인 등의 영업을 보상

129) 건설교통부질의회신 2000. 5. 9. 토관 58342-684.

130) 건설교통부질의회신 1998. 5. 26. 토정 58342-763.

131) 경제활동과정에서 주고받는 경제적 급부의 대가관계가 인정되는 경우를 말한다.

132) 정기상, 앞의 논문(영업손실보상의 대상인 영업의 개념과 범위), 216면.

133) 서울고등법원 2007. 3. 16. 선고 2006누19787 판결.

대상에서 제외되는 위법한 영업이라고 할 수는 없다.¹³⁴⁾

3. 구체적인 보상유형

영업손실보상은 직접손실보상과 간접손실보상으로 나눌 수 있고, 직접손실보상은 폐업보상, 휴업보상, 무허가 등의 영업손실보상 특례로 나뉘어 있다.

가. 직접손실보상

(1) 폐업보상

영업손실보상은 휴업보상이 원칙이지만, 영업의 폐지¹³⁵⁾에 이르는 경우 폐업보상을 받을 수 있다. 이 때 구체적으로 폐업보상 대상에 해당하는지의 여부에 대하여는 법률상의 이전장애사유는 물론 사실상의 이전장애사유 등을 종합하여 판단하여야 한다.¹³⁶⁾

이 경우 영업손실은 2년간의 영업이익에 영업용 고정자산·원재료·제품

134) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010두12842 판결.

135) 토지보상법 시행규칙 제46조 제2항은 다음 중 하나에 해당하는 경우 이를 폐업으로 인정하고 있다.

① 영업장소 또는 배후지(당해 영업의 고객이 소재하는 지역을 말한다. 이와 같다)의 특수성으로 인하여 당해 영업소가 소재하고 있는 시·군·구(자치구를 말한다. 이하 같다) 또는 인접하고 있는 시·군·구의 지역 안의 다른 장소에 이전하여서는 당해 영업을 할 수 없는 경우

② 당해 영업소가 소재하고 있는 시·군·구 또는 인접하고 있는 시·군·구의 지역 안의 다른 장소에서는 당해 영업의 허가 등을 받을 수 없는 경우

③ 도축장 등 악취 등이 심하여 인근주민에게 혐오감을 주는 영업시설로서 해당 영업소가 소재하고 있는 시·군·구 또는 인접하고 있는 시·군·구의 지역 안의 다른 장소로 이전하는 것이 현저히 곤란하다고 특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다)이 객관적인 사실에 근거하여 인정하는 경우.

136) 차태환, 앞의 책(토지보상법론), 463면.

및 상품 등의 매각손실액을 더한 금액으로 평가한다(토지보상법 시행규칙 제46조 제1항). 무허가건축물 임차인의 예외에 해당하는 경우 보상액 중 영업용 고정자산·원재료·제품 및 상품 등의 매각손실액을 제외한 금액은 제1항에 불구하고 1천만원을 초과하지 못한다. 판례는 영업이익을 산정함에 있어 실제의 영업이익을 반영할 수 있는 합리적인 방법에 의하면 된다고 한다.¹³⁷⁾ 보통 영업이익을 산정할 때 최근 3년간의 평균 영업이익을 기준으로 하고, 공익사업의 계획 또는 시행이 공고 또는 고시됨으로 인하여 영업이익이 감소된 경우에는 당해 공고 또는 고시일 전 3년간의 평균 영업이익을 기준으로 평가한다(동조 제3항).

한편 토지보상법 시행규칙 제46조 제4항에서는 영업자가 영업의 폐지 후 2년 이내에 해당 영업소가 소재하고 있는 시·군·구의 지역 안에서 동일한 영업을 하는 경우에는 폐업보상을 환수하고 휴업보상을 하도록 되어 있다. 폐업보상액이 휴업보상액보다 훨씬 폭넓다는 점을 악용하여 일단 영업의 폐지에 대한 보상을 받고 바로 영업을 재개하는 것과 같은 행위를 방지하기 위함으로 보인다.¹³⁸⁾

(2) 휴업보상

휴업보상은 영업의 장소가 공익사업시행지구에 포함되어 그 영업장소에서 영업을 계속할 수 없어 그 영업장소 소재지나 인접 시·군 또는 구 지역 안의 다른 장소로 이전하는 것이 가능할 때의 보상에 해당한다. 즉, 휴업보상은 이전가능성을 전제로 한다는 점에서 폐업보상과 성격이 다르다. 토지보상법 시행규칙 제47조는 휴업보상의 대상이 되는 경우에 휴업을 하지 않더라도 임시영업소를 설치하여 영업을 계속하는 경우 등을 포섭하여 그 범위를 확대하고 있다. 기계적으로 휴업을 하였는지에 따라 보상여부를 결정하지 않고 실질적으로 지출한 비용이 있는지를 살

137) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다3662, 3679 판결.

138) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙 [시행 2007. 4. 12.] [건설교통부령 제556호, 2007. 4. 12., 일부개정] 일부개정 이유 참고.

핀다는 점에서 타당한 입법태도로 보인다.

영업손실보상은 기본적으로 휴업기간에 해당하는 영업이익과 영업장소 이전 후 발생하는 영업이익감소액으로 이루어지며, 감가상각, 인건비 등 고정비, 이전비용 및 감손상당액 등 다른 부대비용들이 더해진다(동조 제1항). 임시영업소 설치를 통한 영업지속의 경우 임시영업소 설치비용이 영업손실보상액이 된다(동조 제4항).

휴업기간은 4개월 이내이며, 영업시설이 크거나 고도의 정밀성을 요구하는 등 4개월 내에 이전하는 것이 실질적으로 불가능한 경우에는 실제 휴업기간으로 하되, 그 휴업기간은 2년을 초과할 수 없다(동조 제2항). 실제로 휴업보상이 폐업보상보다 보상액 평가 시 고려되는 항목이 많다는 점에서 휴업기간이 지나치게 길어지면 휴업보상액이 폐업보상액보다 많아지는 경우도 생길 수 있다. 한편, 도시정비법은 제9조의2에서 따로 휴업보상 규정을 두고 있으며, 4개월분에 해당하는 휴업손실액을 보상해준다. 이 경우에도 동일하게 4개월 내 이전이 불가능한 경우에 대한 예외규정을 두고 있다.

토지보상법은 영업을 이전하는 경우에만 인건비 등 고정적 비용을 보상하도록 되어 있는데, 영업시설 일부 편입으로 인한 설치 및 보수필요성이 있는 경우에도 고정적 비용 보상이 가능한지 문제된다. 대법원은 이에 대해 적정보상의 원칙하에 영업장소를 이전하지 않는 영업의 경우에도 동법 시행규칙 제24조 제1항의 미불용지의 평가 규정을 유추하여 보수기간 중 인건비 등의 고정적 비용을 보상함이 타당하다고 판시한 바 있다.¹³⁹⁾

(3) 무허가등의 영업손실보상 특례

139) 대법원 2005. 11. 25. 선고, 2003두11230 판결.

토지보상법 시행규칙 제52조는 허가를 받지 않은 영업에 대해 3인 가구 3개월분 가계지출비에 해당하는 금액¹⁴⁰⁾을 영업손실에 대한 보상금으로 지급하고, 영업시설등의 이전비용은 별도로 보상한다. 다만, 이 경우 본인 또는 생계를 같이 하는 동일 세대 안의 직계존속·비속 및 배우자가 해당 공익사업으로 다른 영업에 대한 보상을 받은 경우에는 영업시설 등의 이전비용만을 보상한다.

나. 간접손실보상

토지보상법은 공익사업시행지구 밖에서 발생하는 영업손실에 대한 보상도 규정하고 있다. 동법 제64조 제1항은 공익사업시행지구 밖에서 영업손실의 보상대상이 되는 영업을 하고 있는 자가 배후지의 3분의2 이상이 상실되어 그 장소에서 영업을 계속할 수 없거나 진출입로의 단절, 그 밖의 부득이한 사유로 인하여 일정한 기간 동안 휴업하는 것이 불가피한 경우에 당해 영업을 사업지구에 편입되는 것으로 보아 보상한다. 이 경우에도 영업폐지에 이르는 손실의 경우에는 폐업보상, 휴업에 해당하는 경우에는 휴업보상을 한다.¹⁴¹⁾ 동조 제2항에 의하면 사업시행자는 영업자가 보상을 받은 이후에 그 영업장소에서 영업이익을 보상받은 기간 이내에 동일한 영업을 하는 경우 실제 휴업기간에 대한 보상금을 제외한 나머지 보상금을 환수해야 한다.

II. 기타 보상항목

상가세입자는 통상 건물을 임차하여 인테리어를 하고 영업을 하는데, 이와 같은 인테리어비를 보상받을 수 있는지 문제된다. 대부분의 공익사업지구에서는 사업시행자가 건물에 ‘부합’이 되었다면서 인테리어비를 인정하지 않는데, 이 경우 필요비나 유익비로 볼 수 있다면 세입자가 사

140) 「통계법」 제3조 제3호에 따른 통계작성기관이 조사·발표하는 가계조사통계의 도시근로자가구 월평균 가계지출비를 기준으로 산정한다(토지보상법 시행규칙 제52조).

141) 차태환, 앞의 책(토지보상법론), 469면.

업시행자에게 건물 가치증가분을 별도 평가해 줄 것을 요청해야 한다는 견해가 있다.¹⁴²⁾

상가에서 근무하는 근로자들의 휴직보상을 영업보상과 별도로 청구할 수 있는지 문제된다. 영업보상의 감정평가 내역에 근로자의 인건비가 포함되지 않았을 경우에만 토지보상법 시행규칙 제51조에 의한 별도의 보상이 가능하다고 보는 견해가 타당하다.¹⁴³⁾

142) 김은유·임승택, 앞의 책(실무토지보상), 599면.

143) 김은유·임승택, 앞의 책(실무토지보상), 599면.

제 3 절 상가세입자와 권리금

I. 권리금의 의의

가. 개념

권리금이란 상가임대차계약상 건물, 점포의 장소적 이익의 대가로 임차인으로부터 임대인에게 또는 임차권의 양수인으로부터 양도인에게 지급되는 금전을 말한다. 이는 임대차계약의 내용을 이루는 보증금(전세금), 차임 등과는 무관한 별개의 대가이다.

권리금계약 또한 임대차계약이나 임대차양도계약 등과는 별개의 계약이지만, 그와 경제적·사실적으로 일체성을 가지므로 법적 운명을 같이 하는 경우가 많다.¹⁴⁴⁾ 주로 임대인과는 무관하게 전임차인과 후임차인 사이에서 문제되는 경우가 많고, 음성적, 관행적으로 수수되기 때문에 실제로 권리금이 수수되었다는 사실적인 증거를 찾는 것은 매우 어렵다.¹⁴⁵⁾ 용산사태 등에서 권리금 보상으로 인한 마찰이 일어났던 것에는 이처럼 권리금이 거래에서 사실적 개념으로 자리 잡았음에도 불구하고 제반 제도 등이 충분히 마련되어 있지 않은 것이 큰 이유로 작용했다.

한국감정원 상업용부동산 임대동향조사에 따르면, 2016년 전국 상가임대차 중 권리금이 있는 비율은 67.5%에 달한다. 평균 권리금 가격은 4,661,000원으로 숙박 및 음식점업이 86.4%로 가장 높았고, 도매 및 소매업이 56.4%로 가장 낮았다. 서울의 경우 권리금 유비율은 59.6%로 가장 낮았으나, 평균 권리금 가격은 5,572,000원으로 가장 높았다.¹⁴⁶⁾ 일례

144) 양창수·김형석, 앞의 책(“민법Ⅲ - 권리의 보전과 담보”), 628면.

145) 전병준, 주택재개발·재건축에 있어서 세입자의 생활보상에 관한 연구, 42면.

146) 한국감정원, “상업용 부동산 임대동향조사”, 2017. 4. 28., <http://www.r-one.co.kr/rone/resis/statistics/statisticsViewer.do#> (최근접속일자 : 2017.

로, 유명 상권인 서울 가로수길의 메인도로 대로변 건물 1층의 10평 기준 권리금은 4억원정도이며, 보증금인 3억원도 훨씬 상회하는 수준에 이른다.

나. 법제화 이전 판례의 태도

상임법에 권리금 규정이 도입되기 전에는 권리금은 상관습과 판례에 의해 인정되어 왔으며, 성문법에서는 명시적으로 권리금의 정의 등을 규정하지 않았다. 그러나 과세관청은 「소득세법」상 기타소득으로서의 권리금과 「법인세법」상의 권리금을 법적 존재로 파악하여 왔다.¹⁴⁷⁾

판례는 권리금을 “영업시설·비품 등 유형물이나 거래처, 신용, 영업상의 노하우(know-how) 또는 점포 위치에 따른 영업상의 이점 등 무형의 재산적 가치의 양도 또는 일정기간의 이용대가”로 정의해왔다.¹⁴⁸⁾ 임대인이 임차인으로부터 권리금을 수수한 경우 임대인이 권리금 반환의무를 부담하는지와 관련하여 같은 판례는 권리금을 반환하기로 한 약정이나 상관습이 있는 경우에만 반환의무를 부담하고, 그렇지 않은 일반적인 경우에는 권리금을 반환할 의무를 부담하지 않는다고 한다. 상가임차인의 권리금이 법제화되기 전까지는 권리금 반환의무의 효력을 당사자 간의 약정이나 상관습에 전적으로 의존할 수밖에 없었기 때문이다.

임차인은 반대약정이 없는 한 상권의 가치가 일시에 하락하는 등의 특별한 경우를 제외하고는 임차권의 양도 또는 전대차 기회에 부수하여 권리금 상당액을 회수할 수 있을 것이다. 문제는 임대인의 특별한 사정으로 계약이 중도 해지된 경우나 임대인이 권리금을 지급받지 못하도록

7. 6.)

147) 허강무, 「재개발사업 권리금보상의 공법적 검토」, 『토지공법연구』 제46집, 2009, 167-168면.

148) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002다25013 판결, 본 판례에서는 임대인의 권리금 반환의무를 원칙적으로 부정하였다.

하는 등 점포에 대한 임차인의 권리금 회수를 방해하는 경우이다. 상가 세입자보상은 정비사업의 시행 등으로 계약이 약정한 존속기간 이전에 해지되는 경우에 문제되기 때문에 이러한 경우의 기존 판례의 태도에 주목할 필요가 있다. 판례는 임대인의 사정으로 임대차계약이 중도 해지됨으로써 당초 보장된 기간 동안의 이용이 불가능하였다는 등의 특별한 사정이 있을 때에 한하여 임대인은 임차인에 대하여 그 권리금의 반환의무를 진다고 한다. 이 경우 임대인이 반환의무를 부담하는 권리금의 범위는 지급된 권리금 중 잔존기간에 대응하는 부분에 한정된다고 한다.

다. 권리금의 유형

권리금의 유형은 다음과 같이 분류할 수 있다.¹⁴⁹⁾ 먼저, 장소적 이익의 대가로서의 권리금은 흔히 바닥권리금 또는 지역권리금이라고 불리며, 장소적 이익을 향유하는 것에 대한 대가로 지급된다. 시설비 명목의 권리금은 임대차 목적물을 보수하거나 생활편의시설을 설치했을 때 이에 대한 대가로서 수수되는 권리금을 의미한다. 영업적 이익의 대가로서의 권리금은 장기간 영업으로 확보한 주요 고객, 마스크 등을 통한 상가의 명성 등에 대한 대가로 지급되는 권리금이다. 마지막으로, 임차권 보장의 대가로서의 권리금은 권리금을 수수한 후 일정기간 동안 그 임대차를 존속시키기로 하는 임차권 보장의 약정하에 임차인으로부터 임대인에게 지급되는 권리금이다.

II. 권리금 보상의 필요와 방법

1. 권리금과 정당한 보상

가. 권리금 무보상의 원칙과 문제점

149) 이하 권리금의 유형과 관하여 성중탁, 「재개발, 재건축사업 과정에서의 세입자 보상실무 개선방안」, 『법학논집』 Vol. 18(3), 2014, 130면.

토지보상법은 권리금이 임차인 간에 관행적으로 수수되고 산정하기도 어렵다는 이유로 권리금을 영업손실보상의 대상으로 인정하지 않는다. 공익사업이 시행되면 세입자는 자신이 임대인이나 전 세입자에게 지급하였던 권리금을 후에 임차권을 양수받은 자로부터 회수 받지 못하게 된다. 권리금을 회수하지 못한 임차인은 대체매장조성이 불가능하고, 종전과 같은 수준의 임차조건을 찾기 어려워 더욱 악화된 주거 및 영업환경에 놓이게 되므로,¹⁵⁰⁾ 공용수용·사용·제한에 이르는 침해를 입게 된다. 따라서 권리금을 전혀 보상하지 않는 것은 정당보상 원칙에 위배된다.¹⁵¹⁾ 권리금은 임차인들 사이의 관행으로 수수되므로 임대인인 소유자에 대해서는 원칙적으로 주장할 수 없어 보상이 어렵다는 견해가 있으나,¹⁵²⁾ 임대인에게 대항할 수 없다는 것만으로 공법적인 재산권보상의 대상에서 배제되는 것은 아니다.¹⁵³⁾

나. 권리금보상의 어려움

그러나 다음과 같은 이유로 권리금을 보상하는 것은 현실적으로 쉽지 않다. 먼저, 향후 권리금보상을 염두에 두고 임차인들 사이에 과도하게 많은 액수의 권리금을 주고받는 관행이 생겨날 수 있다. 정비사업의 장기성으로 인해 정비구역 내 세입자에게는 정비사업이 시행중이라는 것이 알려지는 경우가 많으므로 더욱 문제가 된다.¹⁵⁴⁾ 또한 상가권리금은 상권·단골고객·신용과 같은 무형적인 요소까지 반영하여 책정되므로, 이를 객관적으로 상정하기 어렵다.¹⁵⁵⁾ 마지막으로, 위에서 본 장소적 이익의 대가로서의 권리금은 필연적으로 투기적 성격을 가지고 있는데, 과연 제

150) 허강무, 앞의 논문(재개발사업 권리금보상의 공법적 검토), 170면.

151) 허강무, 앞의 논문(재개발사업 권리금보상의 공법적 검토), 170면.

152) 허강무, 「상가권리금 보상의 법제화 방안」, 『토지공법연구』 제77집, 2017, 104면.

153) 김종보, 앞의 논문(재개발사업의 철거와 세입자보상), 120면.

154) 김종보, 앞의 논문(재개발사업의 철거와 세입자보상), 120면.

155) 허강무, 앞의 논문(상가권리금 보상의 법제화 방안), 104면.

도권에서 이와 같은 투기적 성격의 금원까지 보상해야 하는지 문제될 수 있다.

다. 권리금의 보상방법

권리금보상의 입법 방법에는 토지보상법에서 권리금보상을 별도의 생활권으로 정해서 보상하는 방법,¹⁵⁶⁾ 기존의 영업손실보상에 대한 평가항목을 넓혀서 이에 권리금을 포함시키는 방법,¹⁵⁷⁾ 권리금에 대한 직접적 산정을 포기하고 단순히 영업손실보상의 액수를 증액하는 방법, 도시정비법 등의 개발사업법에서 별도로 규정하는 방법¹⁵⁸⁾ 등이 있다.

토지보상법에서 권리금보상을 별도의 항목으로 정해 보상하는 방법이 가장 이상적이나, 앞서 본 바와 같이 권리금의 다양한 유형을 각각 정의하고 그에 따른 평가를 하여 보상하는 것은 현실적으로 불가능하다. 또한 단순히 영업손실보상의 보상 개월 수를 증가시키는 방법 등으로 권리금을 포함한 수준으로 증액시키는 것은 과도한 보상이나 과소한 보상이 될 우려가 있으며, 도시정비법 등에서 개별적으로 규율하는 것은 주거이전비 등의 경우와 같이 보상법과 개발사업법 간의 충돌이 일어날 수 있다. 따라서 기존의 영업손실보상에 대한 평가항목에 권리금의 다양한 유형 중 투기적 요인으로 인한 상승분을 배제하고 객관적 산정이 가능한 부분만을 포함시키는 것이 현재로서는 가장 현실적이다.

2. 권리금 법제화의 문제점과 의의

2015. 5. 13. 법률 제13284호로 개정된 상임법은 직접 권리금을 정의하고 임차인의 권리금 회수를 보호하기 위한 여러 규정들을 두었다.

156) 김중보, 앞의 논문(재개발사업의 철거와 세입자보상), 120면.

157) 김중보, 앞의 논문(재개발사업의 철거와 세입자보상), 120면.

158) 노한장, 「상가권리금 법제화에 따른 도시정비사업상 권리금 보상의 재검토」, 『토지공법연구』 제72집, 2015, 276면.

성문법을 통한 권리금 제도화의 첫 시도이기 때문에 본 개정은 더욱 많은 주목을 받았다.

가. 상임법상 권리금 규정의 주요 내용

상임법상 권리금 규정의 주요 내용은 환산보증금 초과 임대차에서의 권리금의 보호규정의 적용(동법 제2조 제3항)과 권리금의 정의규정 신설(동법 제10조의3), 임대인의 권리금 회수 방해행위의 금지(동법 제10조의4 제1항), 임차인의 권리금 회수 방해에 대한 임대인의 손해배상 규정(동법 제10조의4 제3항), 권리금규정의 적용제외대상(동법 제10조의5), 표준계약서의 사용권장(동법 제10조의6), 권리금에 관한 감정평가 실무 기준고시(동법 제10조의7) 등이다.

나. 민사적 해결의 문제점

상임법상 권리금 규정의 신설의 가장 큰 문제점은 공법적 문제의식에 기반해 이루어진 입법 논의가 민사 영역에서 마무리되었다는 점에 있다. 상임법상의 권리금 규정들이 신설된 상임법은 민법의 특별법으로 기본적으로 임대인과 임차인 양자 간의 대립구조만을 염두에 두고 짜여 있는 법이다. 따라서 상임법상 신설된 권리금 규정들은 임대인과 임차인 사이에서 대두되는 권리금 회수 기회 보호, 손해배상의무 등만을 문제 삼고 있고, 기존에 문제되었던 보상은 전혀 다루지 못하고 있다. 이로 인해 기존에 대두되었던 공법적인 문제들은 해결되지 않은 채로 남게 되었고, 우회적인 입법 형식을 통해 민사 영역에서조차 불완전한 규율이 되었다.

세입자보상의 문제는 기본적으로 사업시행자와 세입자 사이에서 해결되어야 한다. 임대인 소유의 토지 또는 건물을 수용하는 주체도 시행자이며, 실제로 주거이전비 등 다양한 항목의 보상은 시행자에 의해 이루어지기 때문이다. 본 글에서는 세입자보상을 손실보상으로 파악하기 때

문에, 손실보상의 원칙인 사업시행자 보상원칙(토지보상법 제61조)가 적용되어야 한다는 것도 하나의 근거가 된다. 그러나 상임법이라는 민사법에서 권리금 보상의 문제를 해결하고자 하였기때문에, 공법적으로 가장 중요한 보상주체인 사업시행자가 표면으로 드러나지 않아 문제된다.

특히 정비사업의 경우 임대인은 손쉽게 이러한 민사적 관계에서 벗어날 수 있기 때문에 권리금보상 주체에 공백이 생기는 문제가 발생한다. 상임법에 의하면 임대인이 건물을 철거하거나 재건축하기 위하여 목적건물의 점유를 회복할 필요가 있는 경우에는 권리금 회수기회 보호 의무가 없기 때문이다(동법 제10조의4, 제10조 제1항 제7호). 사실상 정비사업 등의 공익사업에 있어서는 상임법 개정에도 불구하고 개정 전과 마찬가지로 법에 의한 해결은 공백상태인 것이다.

다. 권리금 규정 신설의 의의

권리금 보상에 관한 문제가 공법적인 영역에서 전혀 규율되지 않은 것은 아쉬움으로 남지만, 민법 영역에서의 권리금 규정 신설은 여전히 권리금의 공법적 보상에 있어서 다음과 같은 시사점을 제공한다.

권리금 보상이 원활하게 이루어지지 않았던 가장 큰 이유 중 하나는 상가건물의 권리금을 평가하는 기준이 모호했기 때문이다. 상임법 제10조의6은 표준권리금계약서의 작성을 통해 계약 당시부터 권리금 산정에 보다 객관적인 기준을 마련하도록 도모하고 있으며, 동법 제10조의7은 국토교통부장관으로 하여금 권리금에 대한 감정평가의 절차와 방법 등에 관한 기준을 고시할 수 있도록 하였다.¹⁵⁹⁾ 이러한 규정들의 신설을 통해

159) 제10조의6(표준권리금계약서의 작성 등) 국토교통부장관은 임차인과 신규임차인이 되려는 자가 권리금 계약을 체결하기 위한 표준권리금계약서를 정하여 그 사용을 권장할 수 있다.

[본조신설 2015.5.13.]

제10조의7(권리금 평가기준의 고시) 국토교통부장관은 권리금에 대한 감정평가의 절차

장래에는 적어도 민사적 영역에서는 권리금 액수에 대한 보다 합의된 기준이 마련될 것으로 보인다. 권리금이 영업손실보상의 일환으로, 혹은 독자적인 평가항목으로 상가세입자에 대한 보상항목으로 마련되려면, 그 평가기준에 대해서 토지보상법 및 도시정비법에서 별도의 평가 방법이 규정되어야 한다. 그 논의 과정에서 상임법상 규정들이 중요한 기준이 될 수 있을 것이다.

그 예로 상임법 제10조의4 제3항에서는 임대인이 임차인의 권리금 회수를 방해하였을 시 손해배상의무를 부과하며 그 책임을 ‘신규임차인이 임차인에게 지급하기로 한 권리금과 임대차 종료 당시의 권리금 중 낮은 금액’으로 제한하고 있다. 공익사업의 시행으로 인해 신규 임차인으로부터 권리금을 받지 못하게 되는 상황에서 임대인의 손해배상책임 제한과 관련한 동 규정을 참고하여, ‘정당한 보상’의 수준을 정할 수 있을 것이다.

와 방법 등에 관한 기준을 고시할 수 있다.

[본조신설 2015.5.13.]

제 5 장 세입자와 수용소송

제 1 절 서설

세입자보상이 가장 빈번하게 문제되는 국면은 정비사업이다. 정비사업에는 다양한 유형이 있지만 본 글에서는 재개발사업과 재건축사업에서의 세입자보상 문제를 위주로 논한다.

도시정비법에서는 정비사업 진행 과정의 일정 시점에서 세입자의 사용수익권을 정지시킬 필요가 있으므로, 사용수익 정지조항을 두고 있다. 통상 사업시행자는 이 조항에 근거한 민사상 명도청구소송을 제기한다. 토지보상법 등에 의해 세입자의 보상청구권이 인정되는 경우라고 하더라도, 실질적으로 이 소송에서 반소나 항변으로 이를 주장할 수 없게 되어 소송의 결론이 단순인용판결로 난다면 세입자보상의 많은 규정들은 존재하지 않는 것이나 다름없어진다. 이미 명도를 받은 사업시행자 측에서는 더 이상 아쉬울 것이 없으므로 보상금 지급을 구하는 당사자소송에서 시간 끌기 식의 대응 형태를 취하기 쉽고, 단순명도의무를 부담하는 세입자들은 강제집행의 우려 때문에 적극적으로 보상을 주장할 수 없기 때문이다.¹⁶⁰⁾ 이러한 문제를 해결하기 위해 도시정비법 제49조 제6항의 단서가 제정되었음에도 사업의 유형과 조합원의 찬성 여부에 따라 정비사업의 고유한 특성상 동 단서 또한 폭넓게 활용되지 못하고 있다.

160) 송명호, 「관리처분계획의 인가고시가 정비구역 내 권리자들의 사용·수익권에 미치는 영향에 관한 연구」, 『인권과 정의』 No. 397, 2009, 92면.

제 2 절 정비사업과 세입자

I. 정비사업의 의의

정비사업이란 도시정비법에서 정한 절차에 따라 도시기능을 회복하기 위하여 정비구역 안에서 도시계획사업으로 정비기반시설을 정비하고 주택 등 건축물을 개량하거나 건설하는 사업을 말한다.¹⁶¹⁾ 이는 크게 주거환경개선사업, 주택재개발사업, 주택재건축사업, 도시환경정비사업, 주거환경관리사업, 가로주택정비사업 등으로 구분된다(도시정비법 제2조 제2호).

정비사업은 개발사업의 일종으로, 대부분의 개발사업은 3단계의 절차를 거친다.¹⁶²⁾ 제1차 계획은 ‘구역의 지정과 개발계획’으로, 개발사업이 진행되어야 할 대상지역의 위치와 면적이 확정된다. 정비사업에서는 정비기본계획, 정비계획 및 구역지정이 이에 해당한다(도시정비법 제3조, 제4조). 이어 정비사업을 수행하는 주체인 사업시행자를 구성하기 위해 추진위원회 구성 승인, 조합설립인가 등의 절차가 뒤따른다(동법 제13조, 제14조, 제15조, 제18조).

제2차 계획은 ‘사업계획’으로, 대상지역을 개발하기 위한 구체적 사업계획 수립과 토지 수용 등의 절차가 이루어진다. 정비사업의 사업시행계획서의 작성과 사업시행인가 절차가 이에 해당한다(도시정비법 제28조). 세입자에 대한 보상 항목 등도 사업시행계획에 정해지는 것이 일반적이다. 통상 사업시행인가를 받은 후 일정 기간 이내에 분양공고를 하고 조합원의 분양신청을 받는다(동법 제46조 제1항)

161) 이우재, 『도시 및 주거환경정비법(上)』, 진원사, 2009, 15면.

162) 이하 개발사업의 3단계에 관한 설명은 김종보, 앞의 책(건설법의 이해), 394면 참고하였음.

마지막으로 제3차 계획은 ‘권리배분계획’으로 정비사업에서는 관리처분계획으로 나타난다. 이는 장래에 조성될 택지 도는 공동주택의 분배를 위한 절차로, 조합은 신축된 주택 등을 관리처분계획에 따라 조합원에게 공급된다.

II. 도시정비법과 세입자의 권리·의무

1. 사용수익 정지조항

가. 사용수익 정지조항의 기능

정비사업 진행 과정 중 세입자가 건물에 대한 점유를 풀지 않는 경우 도시정비법에 직접 강제에 대한 조항이 마련되어 있지 않고, 행정대집행법상 대집행의 대상도 아니므로,¹⁶³⁾ 사업을 계속 진행하고자 하는 조합은 행정적 강제수단 대신 민사상 명도청구 내지 명도단행가처분을 제기할 수밖에 없다.¹⁶⁴⁾

이와 같은 명도소송에서 조합은 청구원인으로 도시정비법 제49조 제6항¹⁶⁵⁾을 드는 것이 일반적이다.¹⁶⁶⁾ 동 조항에 의하면, 정비사업의 관리처분계획 인가고시를 기준으로 기존 세입자가 종전 토지 또는 건축물을 사용하거나 수익할 권리는 정지되기 때문이다. 현장에 따라서는 조합이 조합원 명의로 명도소송을 제기하거나 조합이 조합원의 권리를 대위하여

163) 점유자의 점유를 배제하고 점유이전을 받는 것은 직접적인 실행행사가 필요한 것이고 대체적 작위의무에 해당하지 않으므로 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다. 대법원 1998. 10. 23. 선고 97누157 판결 등 참고.

164) 김종보·전연규, 『새로운 재건축·재개발이야기 I-상권』, 사단법인 한국도시개발연구포럼, 2010, 933면-934면.

165) 이 글에서는 본 조항의 기능에 초점을 맞추어 ‘사용수익 정지조항’으로 부르기로 한다.

166) 배진호, 「재개발 · 재건축사업에서 세입자의 지위와 보호방안」, 『민사법연구』, 제20집, 2012, 66면.

명도소송을 제기하는 경우도 있으나, 이는 행정주체로서의 조합원이 사적 권리에 기대어 소송을 제기하는 것이며 세입자의 보호도 불충분해지므로 적절하지 않다.¹⁶⁷⁾ 또한 보상과 수용에 관한 조항들이 현재와 같이 매우 불명확한 상태에서는 단순히 사용수익 정지조항에 의해 모든 세입자가 무조건적으로 점유를 풀어야 할 의무가 생긴다고 해석하기는 어렵다.¹⁶⁸⁾

나. 사용수익 정지조항의 연혁

(1) 도시재개발법

사용수익 정지조항은 도시재개발법의 제정 당시부터 현재의 모습과 거의 유사한 형태로 존재하였다.¹⁶⁹⁾ 당시 도시재개발법에 반대조합원 및 세입자들에 대한 사업시행자의 철거요구권(제36조)¹⁷⁰⁾과 손실보상(제37조)¹⁷¹⁾이 규정되어 있었던 것을 보면, 초기의 사용수익 정지조항은 사업

167) 김중보, 앞의 책(건설법의 이해), 499면.

168) 김중보, 앞의 책(건설법의 이해), 497면

169) 도시재개발법[시행 1977.7.1.] [법률 제2968호, 1976.12.31., 제정]

제41조 (관리처분계획의 인가등) ⑦제5항의 규정에 의한 고시가 있을 때에는 종전의 토지등의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자등은 제48조제5항의 규정에 의한 분양처분의 고시가 있는 날까지 종전의 토지등에 대하여는 이를 사용하거나 수익할 수 없다. 다만, 시행자의 동의를 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.

170) 도시재개발법[시행 1977.7.1.] [법률 제2968호, 1976.12.31., 제정]

제36조 (지장물등의 이전요구) ①시행자는 재개발사업의 시행상 지장이 있다고 인정되는 때에는 재개발구역안의 재개발사업의 대상이 아닌 건축물 또는 공작물의 소유자에게 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 철거 또는 이전을 요구할 수 있다. 다만, 이 경우에 행정청이 아닌 시행자는 미리 관할시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다.

②제1항의 요구에 불응한 경우에는 제35조제2항의 규정을 준용한다. 다만, 행정청이 아닌 시행자는 관할시장 또는 군수에게 행정대집행을 위탁할 수 있다.

171) 도시재개발법[시행 1977.7.1.] [법률 제2968호, 1976.12.31., 제정]

제37조 (손실보상) ①제34조 및 제36조의 경우에 손실을 받은 자가 있을 때에는 시행자가 그 손실을 보상하여야 한다.

②제1항의 규정에 의한 손실보상에 관하여는 시행자와 손실을 받은 자가 협의하여야 한다.

에 찬성하는 조합원들을 겨냥하여 만들어진 것이었다. 그러나 이후 철거요구권과 손실보상 규정이 삭제되면서 사용수익 정지조항의 적용범위가 확대되었다.

(2) 도시정비법에의 편입

도시재개발법은 재개발 사업을 규율하던 법이므로 사용수익 정지조항 역시 재개발사업에 적용되던 것이었는데, 재개발사업과 재건축사업을 모두 다루는 도시정비법이 제정되면서 사용수익 정지조항 역시 재건축 사업에도 적용되었다. 이에 재건축 사업의 경우까지 임차권자의 사용·수익을 제한하면서 아무런 보상규정을 두지 않은 것은 수용권 인정 여부 등 세부적인 규율에 있어 다른 정비사업과 차이가 있는 주택재건축 사업의 특징을 고려하지 못한 것이라는 비판이 있다.¹⁷²⁾

(3) 선보상의 원칙¹⁷³⁾

사용수익 정지조항의 가장 특기할 만한 개정사항은 2009년 5월 개정에 있었다. 개정 전 조항에서는 ‘사업시행자의 동의’를 받은 경우에만 관리처분계획의 인가고시에도 불구하고 권리자의 사용·수익이 정지되지 않는 예외를 두고 있었다. 2009. 5. 27. 도시정비법 개정으로 이 예외에 “제40조 및 ‘공익사업법’에 따른 손실보상이 완료되지 아니한 권리자의 경우”가 추가되어 예외의 범위가 확대되었다.

③시행자 또는 손실을 받은 자는 제2항의 규정에 의한 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없을 경우에는 그 재개발구역을 관할하는 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

④재개발사업의 시행을 위한 공사로 인하여 발생한 지반침하·건축물의 구름등으로 인한 손실보상에 관하여도 제1항 내지 제3항의 규정을 준용한다.

172) 헌법재판소 2014. 1. 28. 선고 2011헌마363의 반대의견.

173) 판례는 인도의무와 보상의무를 동시이행의무 관계로 파악하지만, 도시정비법 제49조 제6항 단서의 규율상 보상이 완료되지 않으면 사용수익 정지도 발생하지 않는 것으로 규정하였기 때문에 ‘선보상의 원칙’이라고 표현하였다.

당시 도시정비법 개정은 세입자보상이 사회적 문제로 등장한 것을 계기로 세입자보호의 법적 근거를 마련하는 것이 주된 취지였으며, 사용수익 정지조항의 예외 범위 확대 또한 세입자가 주거 또는 영업공간을 인도하기 이전에 손실보상을 받을 수 있도록 법적으로 보장함으로써 세입자의 재산권에 대한 손실을 보전하고 안정적인 주거이전을 확보하기 위함으로 보인다.¹⁷⁴⁾ 동 조항의 개정으로 기존에 논란이 되었던 인도의무와 손실보상의무의 관계에 관해, 손실보상 등이 완료된 후에만 명도청구가 가능한 것으로 정리되었다.

다만 개정된 도시정비법 제49조 제6항에서 ‘손실보상이 완료되지 않은 권리자’라는 표현을 사용하고 있으므로 수용 및 보상절차가 진행되지 않는 찬성조합원의 세입자의 경우에도 단서에서 정하는 예외에 해당하는 것으로 볼 수 있는지 문제된다. 이에 대법원은 이 경우에도 토지보상법을 유추적용하여 보상의무를 인정할 뿐만 아니라 인도의무와 보상의 동시이행관계 또한 인정하여,¹⁷⁵⁾ 긍정적인 것으로 보인다. 이 판례에 대한 자세한 검토는 찬성조합원 세입자에 대한 명도청구 부분에서 후술하기로 한다.

앞서 세입자보상 또한 손실보상 체계에 편입될 수 있음을 확인하였다. 이에 의하면 손실보상의 원칙인 ‘사전보상의 원칙(토지보상법 제62조)’에 의해 도시정비법 제49조 제6항 단서의 규율 형식과 무관하게 선보상이 보장되어야 한다.

다. 동 조항이 위헌이라는 견해

재건축사업지구의 임차인들에 의한 사용수익 정지조항 위헌소원¹⁷⁶⁾의

174) 헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2012헌바662 결정.

175) 대법원 2011.11.24. 선고, 2009다28394 판결.

176) 헌법재판소 2014. 1. 28. 선고 2011헌바363 결정

반대의견(재판관 김이수 1인)에 의하면 동 사용수익 정지조항은 비례원칙에 반하여 세입자의 재산권을 침해한다. 동 견해는 임대차계약의 주된 목적이 차임지급을 대가로 임대차 목적물을 사용·수익하게 하는 것임에도 불구하고 장기간 동안 사용·수익을 정지시킴으로써 임차권의 설정 목적을 달성할 수 없게 만든다는 점을 지적한다. 또한, 보상을 전제로 사용·수익을 정지하는 경우라고 하더라도 보상시기와 절차에 대해 전혀 규율하지 않으므로 침해의 최소성에 위반된다고 보았다.

2. 임차권 등의 존속여부

가. 관리처분계획 인가고시 전

관리처분계획이 인가고시되기 전에는 존속기간 등에 관해 도시정비법이 적용될 여지가 없다. 민법은 전세계약 및 임대차계약에 관해 그 존속기간 등을 대부분 당사자의 계약 내용에 의존시키고 있고, 사회보장적 성격이 강한 편면적 강행규정을 다수 포함한 특별법에서 존속기간에 관한 규정들을 보충하고 있다.

민법은 일반적인 임대차 계약기간을 정하고 있지는 않으나, 제312조 제2항에서 전세권의 최단존속기간을 정하고 있고, 특별법인 주임법과 상임법에서 주택 및 상가의 임대차 계약의 최단 존속기간을 정하고 있다. 주임법 제4조 제1항은 기간을 정하지 아니하거나 2년 미만으로 정한 임대차에 대해서는 2년의 존속기간을 보장하며, 임차인만이 이보다 단기의 기간을 주장할 수 있다고 규정한다. 상임법에서도 이와 유사하게 최단기간을 1년으로 정하고 있다(동법 제9조 참조). 또한 이와 같은 단기의 기간이 도과했을지라도 임차인이 보증금을 반환받지 못하면 임대차관계가 존속되는 것으로 보며, 임차인은 일정한 경우 계약 갱신 요구를 할 수 있다.

나. 관리처분계획 인가고시 후

(1) 도시정비법 제55조 제1항

관리처분계획이 인가고시되면 사용수익 정지조항에 따라 임차권 자체가 소멸되는 것인지, 임차인이 일시적으로 사용·수익을 하지 못하게 되는 것인지 문제된다. 이에 도시정비법 제55조 제1항은 대항력을 갖춘 임차권 등을 이후에 분양받은 대지 또는 건축물에 설정된 것으로 본다고 하여, 외부에서 인식이 가능한 공시수단을 갖춘 경우 사업 이후의 임차권 존속을 전제하고 있다. 즉, 분양신청한 조합원이 이후 대지 또는 건축물을 분양받게 되는 경우 임차권 자체가 소멸하는 것이 아니라 임차인의 사용·수익 정지가 일정 기간 정지되는 것이며, 이는 공익사업에서 임차인이 수인해야 할 임차권의 내용과 한계를 정한 것이다.¹⁷⁷⁾

(2) 도시정비법 제44조 제5항

이와 같은 조항을 근거로 찬성조합원의 세입자의 경우 세입자가 입는 재산적 손실은 사업시행 기간 중 정지되는 사용수익권 행사에 제한된다고 생각하기 쉽다. 그러나 정비사업의 특성상 사업의 진행과정이 길다는 점을 고려하면 통상 그 과정에서 계약기간이 만료한다. 특히 도시정비법 제44조 제5항은 관리처분계획의 인가고시에 따라 민법상 지상권, 전세권 등의 최단존속기간 규정뿐만 아니라 임차인 보호를 목적으로 하는 법인 주택임대차보호법, 상가건물임대차보호법 등의 규정도 적용되지 않는다고 하고 있으므로, 전세계약 및 임대차계약이 종료되지 않고 존속하여 새로운 대지 및 건축물에 설정된 것으로 간주되는 경우는 매우 드물다고 할 수 있다. 따라서 도시정비법 제55조 제1항을 근거로 세입자에 대한 손실보상 없는 명도청구를 인정하는 것은 동 조항과 정비사업 현장

177) 최병률, 「건축물 소유자가 재개발사업에 찬성한 경우 상가세입자에 대한 영업손실 보상 및 소유자에 대한 주거이전비 지급 여부에 관하여」, 『대법원판례해설』 제89호 (2011년 하), 법원행정처, 2012, 868면.

의 상황을 제대로 파악하지 못한 결과라는 견해가 있다.¹⁷⁸⁾

3. 계약당사자의 해지권

가. 임대인의 계약해지권

주임법, 상임법에 의해 계약 존속기간이나 갱신권을 보장받지 못하는 경우나 법에 의해 보장된 임대차 계약기간이 도과한 경우에는 임대인이 관리처분계획의 인가 여부와 관계없이 계약을 자유롭게 해지할 수 있다. 임대차 계약 해지에 따라 임차인에게는 부동산 명도의무가, 임대인에게는 보증금 중 연체차임 등 당해 임대차에 관하여 명도 시까지 생긴 모든 채무를 청산한 나머지를 반환할 의무가 부과되며, 이 두 의무는 동시이행 관계에 있다.¹⁷⁹⁾

관리처분계획이 인가되기 전이라면 주임법 및 상임법에서 규정하는 존속기간이 여전히 적용된다. 따라서 당사자 간 미리 합의된 임대차 계약 기간이나 법에 의해 강행규정으로 보장된 기간 안에는 임대인이 자유롭게 임대차 계약을 해지할 수 없다. 반면 관리처분계획이 인가된 후에는 이와 같은 민법상 존속기간의 적용을 받지 않게 되므로(도시정비법 제44조 제5항), 임대인이 자유롭게 계약을 해지할 수 있는 것처럼 보인다. 그러나, 단순히 민사적인 관계에 주목하여 관리처분계획이 인가된 후에 이처럼 임대인이 자유롭게 계약을 해지할 수 있다고 보면, 손실보상을 받을 때까지 사업시행자에게 목적물을 인도하지 않아도 된다는 도시정비법 제49조 제6항 단서의 적용이 배제되어 세입자의 손실보상청구권을 사실상 무력화하는 결과를 불러오게 된다.

나. 임차인의 계약해지권

178) 송명호, 앞의 논문(관리처분계획의 인가고시가 정비구역 내 권리자들의 사용·수익권에 미치는 영향에 관한 연구), 83-84면.

179) 대법원 1977. 9. 28. 선고 77다1241 전원합의체 판결

도시정비법 제44조 제1항은 정비사업의 시행으로 인하여 지상권, 전세권 또는 임차권의 설정목적을 달성할 수 없는 때에 한해 임차인에게 계약해지권을 부여하고 있다. 이 조항은 당사자 간 합의된 존속기간이나 법정 존속기간(예컨대, 민법 제312조 제2항의 전세권의 존속기간)이 만료되지 않은 경우에도 세입자로 하여금 계약을 해지할 수 있도록 하는 조항이다. 아울러 이와 같은 임차인의 계약 해지권이 발생하면 전세금 및 보증금 등을 사업시행자에게 청구할 수 있도록 되어 있고(동조 제2항), 이후 사업시행자가 당해 토지등소유자에게 이를 구상할 수 있는 형태로 설계되어 있다.

‘정비사업의 시행으로 인하여 지상권 · 전세권 또는 임차권을 달성할 수 없는 때’가 정확히 어떤 시점을 의미하는지는 불분명하다. 다만, 관리처분계획이 인가된 후에는 세입자가 사용수익권을 상실하여 사실상 전세계약, 임대차계약 등이 종료되는 효과가 발생하므로, 그 이전 시점에 세입자에게도 계약을 해지하고 미리 보증금을 회수할 기회를 주기 위한 규정이라고 보는 것이 타당하다. 따라서 정비구역의 지정이나 사업시행계획 인가 등 관리처분계획에 선행하는 시점에 세입자에게 계약 해지권이 부여된다고 볼 수 있다.

통상적으로 전세금이나 보증금 등은 계약 종료 이후 계약의 당사자나 계약에 따른 권리 의무를 승계한 자에게만 청구할 수 있으나, 도시정비법 제44조 제2항 내지 제4항은 사업시행자에게 전세금, 보증금을 청구할 수 있는 근거를 마련하고 있다. ‘정비사업의 시행으로 인하여 지상권 · 전세권 또는 임차권을 달성할 수 없는 때’를 기준으로 세입자의 전세금반환청구권이나 보증금반환청구권까지도 공법적 관계로 포섭된다는 것을 알 수 있다.

위에서 본 바와 같이 도시정비법 제44조에서 지상권자, 전세권자, 임

차인 등의 일방적인 계약 해지권을 부여한 것은 다음과 같은 두 가지 의미가 있다. 첫째로, 관리처분계획의 인가에 따라 동법 제49조 제6항에 의해 사업시행자로 하여금 세입자의 사용수익권을 박탈할 수 있게 하는 것과 균형을 이루어 세입자가 계약 존속기간과 관계없이 스스로의 권리를 행사할 수 있도록 하였다. 사용수익권이 박탈되어 기존 임대차계약 등의 목적을 달성할 수 없음에도 존속기간까지 계약에 구속되는 것은 세입자에게 가혹하기 때문이다. 둘째로, 동조 제2항 내지 제4항에서 전세금과 보증금 등의 반환청구 대상을 사업시행자로 봄에 따라 단순히 ‘소유자-세입자’ 간의 민사적 계약의 성격만을 가졌던 전세계약, 임대차계약 등이 ‘사업시행자-세입자’ 간의 공법적 관계로 전환된다. 이는 보상금을 둘러싼 문제가 발생하였을 때 공법의 영역에서 입법 등이 이루어져야 한다는 것을 시사한다.

다. 명도청구와 계약해지권의 관계

사업시행자가 도시정비법 제49조 제6항에 근거하여 세입자들에게 토지 및 건축물에 대한 명도청구를 하는 것 외에, 도시정비법 제44조 제1항에 의해서도 전세계약, 임대차계약 등을 종료시킬 수 있는지 문제된다. 도시정비법 제44조 제1항에서 명시적으로 “그 권리자는 계약을 해지할 수 있다.”고 정하고 있으므로, 사업시행자가 이 조항에 의해 능동적으로 계약을 해지할 수는 없다고 할 것이다.

도시정비법 제49조 제6항은 단순히 세입자의 사용수익권을 배제하는 형태로만 규정되어 있으므로, 이에 근거하여 사업시행자가 명도소송에서 승소하였을 때 당연히 임대차 계약도 종료되는지도 문제될 수 있다. 사인 간에 이루어진 계약의 존속기간이 아직 도과되지 않은 상태에서 행정청의 역할을 하는 조합이 명도청구를 함에 따라 그 계약이 당연히 종료된다고 보는 것은 어색한 측면이 있다. 앞서 본 바와 같이 동 조항은 사용수익의 정지를 의미하는 것이지 임대차 계약의 효력 등에는 영향을 주

지 않는 것으로 봄이 타당하다.

제 3 절 명도청구소송과 보상금의 지급

I. 재개발사업의 세입자

1. 반대조합원의 세입자

도시정비법상 재개발사업에서는 반대하여 분양신청을 하지 않은 조합원에 대해서는 수용재결이 내려지게 되고(도시정비법 제38조), 수용재결에 따라 토지보상법의 보상 규정들이 준용된다(동법 제40조 제1항). 이 경우 건물의 소유자인 조합원과 임대차계약을 맺고 세입자가 된 자들의 법적 지위가 문제된다. 이에 임대차계약 등의 근거가 되는 건축물에 대한 토지보상법상 수용 및 보상의 근거조항이 세입자보상에도 적용된다는 견해가 있다.¹⁸⁰⁾ 이러한 견해에 의하면 건물 등의 수용절차가 이루어질 때 건물의 임차인도 같은 절차에서 영업손실 등에 대한 보상을 받을 수 있고, 재결신청 자체가 없어 보상금이 확정되지 않았다고 하더라도 세입자에 대한 주거이전비나 이사비에 대한 보상이 누락된 경우에는 조합이 세입자를 상대로 인도청구를 할 수 없다.¹⁸¹⁾ 이와 같은 해석론은 도시정비법 제49조 제6항 단서의 취지상 타당하다.

한편 이미 수용이 완료된 경우라면 토지보상법 제34조 제1항에 의해 사업시행자가 수용목적물을 원시취득하게 되므로 건물에 대한 임차권도 소멸하는 것은 아닌지 문제될 수 있다. 그러나 통상 사업시행자가 세입자에게 명도청구를 할 때에는 수용의 효력을 근거로 삼을 수 있는지 불분명하며 사용수익 정지조항에 기해 청구하므로 문제되지 않고,¹⁸²⁾ 수용의 효력에 기대는 경우라고 하더라도 토지보상법 제62조는 관계인에 대

180) 김종보, 앞의 논문(재개발사업의 철거와 세입자보상), 121면.

181) 정동진, 「재개발조합, 재건축조합의 도시정비법 제49조 제6항에 따른 부동산 인도청구의 제 문제」, 『판례연구』 27집, 2016, 237-238면.

182) 정동진, 앞의 논문(재개발조합, 재건축조합의 도시정비법 제49조 제6항에 따른 부동산인도청구의 제 문제) 233면 등 참고.

한 선보상원칙도 규정하고 있으므로 세입자에 대한 보상이 인도에 선행되어야 한다는 결론은 변하지 않는다.

2. 찬성조합원의 세입자

사업에 반대하여 분양신청을 하지 않은 조합원의 부동산에 대해서는 수용과 보상 규정이 준용되지만, 찬성하는 조합원은 조합의 구성원으로 조합에게 소유권을 이전해야 하는 의무를 부담할 뿐이다.¹⁸³⁾ 그러므로 찬성한 조합원에 대해서는 수용재결이나 손실보상을 해 줄 법률상의 근거가 없다.

이 경우 조합원은 분양신청을 하기 때문에 도시정비법상 수용권이 발동될 필요가 없지만, 사용수익권을 박탈당하며 분양권을 갖지 못하는 조합원의 세입자에 대한 보상의 가능성이 막혀버리기 때문에 사업시행자의 명도청구에 대항할 수 없어 문제가 된다.¹⁸⁴⁾ 앞서 본 바와 같이 찬성조합원이 이후 분양신청을 하여 새로운 대지 및 건축물을 분양받고 이에 대항력을 갖춘 임차권 등이 설정된 것으로 간주될 수 있다고 하더라도, 사업이 진행되는 긴 시간 동안 임대차계약이나 전세계약 등이 존속할 가능성은 매우 낮기 때문에 이 또한 충분한 구제방안이 될 수 없다.

이에 도시정비법 제49조 제6항 단서의 개정으로 세입자 등이 주거이전비 등 세입자보상의 대상인 경우 이에 대한 지급 없이는 조합이 인도청구를 할 수 없게 되어 일정 부분 해결되었다고 볼 수 있다. 다만, 개정된 법문은 여전히 ‘손실보상이 완료되지 않은 권리자’라는 표현을 사용하고 있으므로 찬성조합원의 세입자들도 이에 포함되는지 문제된다. 수용 및 보상절차가 진행되지 않는 찬성조합원의 경우 손실보상이 전제

183) 이론적으로 사업을 수행하기 위하여 조합이 소유권을 모두 확보하는 것이 타당하지만, 재개발사업에서는 재건축 사업과 달리 신탁이 이루어지지 랑중는다. 자세한 것은 김종보, 앞의 논문(재개발사업의 철거와 세입자보상), 121면 참고.

184) 김종보, 앞의 책(건설법의 이해), 489면

되지 않고, 그들의 세입자라고 하더라도 주거이전비, 이사비 등의 항목이 ‘손실보상’에 포함되는지도 불분명하기 때문이다. 이에 대법원 판례¹⁸⁵⁾는 두 가지 측면에서 위 문제를 해결하였다. 판례는 찬성조합원의 세입자의 경우에도 자신의 의사에 의하지 아니하고 임차물을 사용수익할 권능을 제한받게 된 것이므로 토지보상법을 유추적용하여 세입자보상을 할 의무가 있다고 보았고, 세입자의 인도의무와 조합의 보상금지급의무의 동시이행관계도 인정하여 보상금 지급절차가 선행되어야 함을 분명히 하였다. 세입자 보호를 위해 법이 개정되었음에도 불구하고, 손실보상의 대상이 되는 권리자만이 보호를 받는 것으로 보일 여지가 충분하기 때문에 동 판결은 토지보상법이 준용되지 않는 조합원의 세입자에게까지 손실보상 대상의 범위를 확대하였다는 측면에서 중요한 의미를 지니고 있다.¹⁸⁶⁾

II. 재건축사업의 세입자

1. 재건축사업과 수용권의 미부여

재건축사업의 세입자의 경우 찬성조합원이 조합에 소유권을 신탁할 뿐 수용절차가 진행되지 않는 것은 재개발사업의 세입자의 경우와 마찬가지로, 반대조합원에게도 집합건물법상의 매도청구소송 조항(도시정비법 제39조)이 준용될 뿐 따로 수용 및 보상절차가 문제되지 않는다. 재개발사업의 세입자 중 찬성조합원의 세입자인 경우에만 문제가 발생했던 것과 달리, 재건축사업의 세입자의 경우 찬성 여부와 상관없이 토지보상법이 준용되지 않기 때문에 세입자보상의 공백이 발생하는 것이다.

도시정비법은 제38조에서 정비사업(대표적으로 재개발사업을 의미한다)의 시행자에게 토지수용권을 부여하면서 주택재건축사업의 경우 ‘천

185) 대법원 2011.11.24. 선고, 2009다28394 판결.

186) 배진호, 앞의 논문(재개발·재건축사업에서 세입자의 지위와 보호방안), 71면

재·지변 그 밖의 불가피한 사유로 인하여 긴급히 정비사업을 시행할 필요가 있다고 인정되는 때'라고 하여 제한적으로만 수용권을 인정하고 있다. 세입자들은 사업시행자에게 수용권이 부여되지 않고 실질적으로 수용의 기능만을 가진 매도청구의 방법을 통해 수용과 유사한 결과를 달성함에 따라 세입자보상이 불가능해진다는 이유로 재건축의 제한적 토지수용권 인정 조문에 대해 헌법소원을 제기한 바 있다.¹⁸⁷⁾

이에 헌법재판소 다수의견¹⁸⁸⁾은 주택재건축사업의 사업시행자에게 재개발사업과 달리 수용권을 부여하지 않았다고 하더라도 사업 성격의 차이를 반영한 합리적 차별이므로 평등원칙에 반하지 않는다고 보았다. 그 논거로, 주택재개발사업에 비하여 국가의 개입 정도가 낮고, 대상지역도 불량주거지가 아니며, 사업에 동의한 자로 구성된 조합의 결성을 통해 진행된다는 점에서 주택재개발사업과 비교하여 공공성·강제성의 정도가 낮다는 점을 근거로 한다. 다수의견처럼 재건축 사업의 시행자에게 수용권을 인정하지 않으면 자연히 세입자보상을 할 수 없게 되는 결과가 나타난다. 헌법재판소는 먼저 동 조합에 의해 세입자들의 재산권이 제한되었다는 주장에 대해서는 사업시행자에게 수용·사용권을 부여하지 않음에 따른 부수적 결과라고 보아 배척하였고, 재건축 조합이 사업시행에 동의한 토지등소유자에 의해서만 구성된다는 점을 들어 반대조합원의 세입자에 대한 보상의무까지 부담하는 것이 오히려 부적절하다고 판시하였다.¹⁸⁹⁾

187) 헌법재판소 2014. 1. 28. 선고 2011헌바363 결정

188) 동 결정의 다수의견은 사용수익 정지조항(도시정비법 제49조 제6항)의 재판의 전제성을 부정하여 따로 판단하지 않았다. 재판관 김이수의 반대의견이 이에 대한 재판의 전제성을 인정하고 비례원칙에 위배되어 재산권을 침해한다고 본 것은 앞서 논의한 바 있다. 반대의견은 임차권자에게 영업손실보상 등을 인정하기 위하여 반드시 주택재건축사업의 시행자에게 수용권을 부여해야 하는 것은 아니며 보상금에 관한 합의가 이루어지지 않는 경우 사업시행자의 공탁의무나 임시상가 설치의무 등을 인정하여 이를 해결할 수 있다고 한다.

189) 헌법재판소는 이에 관해 임차권은 사적 자치의 원칙이 적용되기 때문에 그 내용과 형태 및 설정방식 등이 다양하고 등기에 의하여 반드시 공시되는 것은 아니라는 점에서 문제가 심화될 수 있다고 하였다.

2. 사용수익 정지조항 단서의 유추적용 가부

앞서 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다28394 판결은 재개발사업의 찬성조합 세입자의 경우에도 세입자보상을 인정하였다. 이와 같이 재건축사업에서도 조합원들과 임대차계약을 맺은 세입자들을 ‘손실보상이 완료되지 않은 권리자’로 볼 수 있는지 문제된다. 이에 2014년 판례¹⁹⁰⁾는 재개발사업의 찬성조합원 세입자의 경우와는 다르게 유추적용을 부정하였다.

판례는 주요한 논거로 재건축사업이 재개발사업에 비해 공익성의 정도가 낮다는 점, 재건축은 기본적으로 매도청구권의 행사를 통해 소유권을 확보한다는 점에서 사적자치에 의한 해결을 규율한다는 점을 든다. 특히 매도청구권 행사의 기준인 ‘시가’가 개발이익도 포함하고 있다는 점에서 주택재건축사업의 토지등소유자가 임차인 등에 대한 보상을 스스로 해결할 것을 전제한다고 본다.

재건축사업만의 다른 특성이 존재하므로 판례의 태도에 찬성하는 견해가 있다.¹⁹¹⁾ 이에 반해, 보상을 인정하더라도 사업비가 크게 증액되지 않고 세입자가 있는 조합원에게는 사업비 부담을 늘리는 방식 등으로 조합원 간 공평을 기할 수 있으므로 도시정비법 제49조 제6항 단서를 유추적용해야 한다는 견해도 존재한다.¹⁹²⁾

Ⅲ. 세입자에 대한 별도의 수용조항의 필요성

1. 기존 규정의 불완전성

190) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다62561, 2012다62578(병합) 판결.

191) 정동진, 앞의 논문(재개발조합, 재건축조합의 도시정비법 제49조 제6항에 따른 부동산 인도청구의 제 문제), 236면 참고.

192) 배진호, 앞의 논문(재개발·재건축사업에서 세입자의 지위와 보호방안), 77-78면.

사업시행자의 도시정비법 제49조 제6항에 기한 명도청구는 세입자의 사용수익권에 대하여 실질적으로 수용조항의 기능을 수행함에도 많은 경우에 세입자가 수용에 대한 보상을 받을 수 있는 길이 막혀있어 위헌적 소지가 있다. 앞서 정비사업의 세입자에 대한 명도청구에 보상금의 미지급 항변으로 대항할 수 있는지 여부를 사업의 유형과 조합원의 찬성여부를 기준으로 나누어 살펴보았다. 이를 통해 재개발사업의 반대조합원 세입자의 경우에만 대지 및 건물에 대한 수용 및 보상 절차를 이용해 간접적으로만 명도청구에 대항할 수 있고, 그 외 재개발사업의 찬성조합원 세입자, 재건축사업의 세입자에 대한 구제는 불분명함을 알 수 있다. 이중 재개발사업의 찬성조합원 세입자에게는 판례가 유추적용을 인정하여 보상과 동시이행 관계가 인정되지만 재건축사업의 조합원에 대하여는 유추적용을 통한 구제조차 인정되지 않는다. 재건축사업에서 수용 절차 대신 매도청구 절차를 규정하였다는 이유만으로 보상의무가 시행자-세입자 간에 발생하는 것이 아니라 소유자-세입자 간에 발생한다는 판례의 견해에는 찬성할 수 없으나, 수용권을 인정하지 않는 현행 법제에서 가능한 해석이라고 생각한다.

이를 해결하기 위해 사업의 유형과 조합원의 찬성여부에 관계없이 세입자에 대한 별도의 수용조항 등이 마련되어야 한다. 세입자보상 규정 역시 재산권에 가해진 손실에 대한 보상이기 때문에 보상 조항은 수용이 전제된 상황에서 기능하게 된다. 따라서 수용이 전제되지 않은 보상규정은 앞서 본 바와 같이 보상규정으로서의 기능을 다 할 수 없으며, 설사 재개발사업의 반대조합원 세입자와 같이 소유자에 대한 수용규정을 타고 보상이 이루어지는 경우라고 하더라도 수용과 보상 간의 견련관계가 약하여 다양한 국면에서 문제될 수 있다. 이하 본 논의를 심화시키기 위하여 사업유형과 조합원의 찬성여부에 따라 나누어 수용 근거 마련의 필요성을 논하고자 한다.

2. 세입자의 유형별 수용조항의 필요성

가. 재개발사업의 반대조합원 세입자

재개발사업의 반대조합원 세입자의 경우에 대지 및 건물에 대한 수용 및 보상절차에서 세입자에 대한 보상이 이루어질 수 있다고 하더라도 이는 대물적인 수용이라는 측면에서 세입자가 박탈당하는 ‘사용수익권’에 대한 수용과는 거리가 있다. 따라서 수용근거와 보상조항의 견련성이 약해 그 구제도 우회적이고 불분명할 수밖에 없다. 따라서 이 경우 반대조합원의 대지 및 건축물 수용과는 별도로 세입자의 사용수익권에 대한 수용과 보상 절차가 법률에 규정되어야 보다 구체적인 구제를 도모할 수 있다.

나. 재개발사업의 찬성조합원 세입자

재개발사업의 찬성조합원은 이후에 분양대상자가 됨을 전제로 하기 때문에 수용 대상에서 제외되는 것은 당연하다. 그러나 찬성조합원의 세입자의 경우 기존 임대차계약에 기한 사용수익권이 정지될 뿐만 아니라 계약의 존속여부도 불분명해지게 되므로 별도로 재산권에 대한 침해를 입게 된다. 토지등소유자의 찬성 여부를 불문하고 세입자가 입는 재산적 피해는 수용과 유사하다는 측면에서 동일하다고 볼 수 있으므로 이 경우에도 세입자에 대한 수용과 보상 절차가 마련되어야 한다.

다. 재건축사업의 세입자

재건축사업은 재개발사업에 비해 대체로 민간주도방식에 가깝다는 점, 덜 낙후된 지역에서 이루어진다는 점, 수용권이 아니라 매도청구권이 부여된다는 점에서 공공성이 낮음을 지적하는 대법원과 헌법재판소의 견해에도 타당한 면이 있다. 상대적으로 높은 시가를 형성하는 아파트단지

등에서 전세계약을 맺고 거주하는 세입자는 높은 자산 및 소득 수준을 보유하고 있을 가능성이 높으므로 이에 대해서 세입자보상 및 선보상원칙을 인정하는 것이 적절하지 않다는 견해 또한 있을 수 있다. 그러나 다음과 같은 이유로 재건축사업의 세입자의 경우에도 사용수익권에 대한 별도의 수용과 보상 절차를 인정하여 세입자보상의 공백을 줄이는 것이 타당하다.

재건축 사업에도 다양한 유형이 존재하고 유형마다 세입자보상의 필요성은 각기 다르다고 할 수 있다. 특히 재건축사업 중 단독주택 재건축과 복리시설인 상가재건축의 경우 재개발사업과 더 유사한 측면이 많기 때문에 이에 대한 무보상의 원칙을 정당화하기는 어렵다.¹⁹³⁾ 특히 상대적으로 보상의 필요성이 적은 사업이 있다고 하더라도, 이는 보상금의 감액 등을 통해 정당한 보상의 수준을 조정하여 해결할 것이지, 사용수익권의 박탈이 수용과 유사하다는 것을 부정하는 근거가 되지 않는다.

기본적으로 보상은 사업을 진행하는 사업시행자와 세입자 사이에 이루어져야 한다는 원칙은 재건축 사업에서도 다르지 않다. 상대적으로 소유자가 매도청구에 의해 수용의 경우보다 더 높은 매매대금을 지급받을 수 있다는 점만으로 재건축사업에서만 세입자보상의 문제를 소유자-세입자 간의 관계로 바라보는 것은 타당하지 않다. 관리처분계획의 인가에 따라 세입자는 단순히 소유자와 임대차 계약을 맺은 자의 지위에서 벗어나 사업시행자의 명도청구를 받는 대상이 되며, 이와 같은 관계를 형성한 이상 공법적 관계로 규율된다고 보아야 한다.

재건축사업에서 사업에 찬성하는 토지등소유자만으로 이루어진 조합이 반대조합원들의 세입자에 대한 보상까지 부담하여야 하기 때문에 불공평하다는 것은 사업시행자인 조합이 행정주체와 같은 지위를 부여받는다는 점을 고려할 때 적절하지 않은 비판이다. 판례에 의해 조합설립인

193) 김종보, 앞의 논문(재개발사업의 철거와 세입자보상), 123면.

가가 설권적 처분으로 인정되었고 이와 같은 태도는 타당하므로,¹⁹⁴⁾ 조합은 조합설립인가를 통해 단순한 토지등소유자의 사적 이해관계에서 벗어나 사업의 진행과정에서 다양한 처분을 할 수 있는 공적 주체가 된다. 따라서 조합을 구성하는 조합원이 원래 사업에 찬성한 조합원이었는지 반대한 조합원이었는지의 여부와 관계없이 사업의 진행과정에 따라 발생하는 비용을 부담하는 것은 당연하고, 이렇게 보는 것이 사업시행자 보상원칙에도 부합한다.

3. 쟁송방법에 관한 논의

판례는 세입자가 사업시행자에 대해 갖는 주거이전비, 이사비 등의 보상청구권은 공법상의 권리이며, 공법상 법률관계를 대상으로 하는 당사자소송에 의하여야 함을 분명히 하고 있다.¹⁹⁵⁾ 판례에 의하면 세입자는 행정소송절차의 여러 특칙들을 활용하여 보다 효과적이고 능률적으로 권리실현을 할 수 있고, 민사소송절차에 의하는 것보다는 행정소송절차에 의하는 것이 국민의 권리구제 측면에서도 더욱 바람직하다.

그러나 도시정비법 제49조 제6항에 기하여 제기되는 명도청구소송은 민사소송으로 진행되므로 문제가 있다. 세입자의 명도청구소송이 실질적으로 수용의 성격을 가지고 있다는 점에 초점을 맞추어 명도청구 역시 당사자소송으로 진행되어야 한다.¹⁹⁶⁾ 명도청구소송이 민사소송으로 제기 되면 사업시행자 측의 명도청구는 민사적 청구임에 반하여 권리자측의 항변이나 반소청구는 공법상 권리에 기한 것으로 양자 간 견련관계가 없다¹⁹⁷⁾는 것도 민사법원이 사업시행자의 명도청구의 관할을 인정하는 것의 문제점이다.

194) 자세한 것은 김중보, 「강학상 인가와 정비조합 설립인가」, 『행정법연구』 제9호, 2003 참고.

195) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2007다8129 판결.

196) 김중보, 앞의 논문(재개발사업의 철거와 세입자보상), 126면.

197) 송명호, 앞의 논문(관리처분계획의 인가고시가 정비구역 내 권리자들의 사용·수익권에 미치는 영향에 관한 연구), 81면.

장기적인 입법과제는 앞서 본 바와 같이 현재의 ‘명도청구-보상금 지급 항변’의 구조에서 벗어나 별도의 수용의 근거 조항을 마련하여 세입자보상을 재산권 수용에 대한 정당한 보상으로 이해하는 것이다. 이처럼 세입자보상을 손실보상 체계의 일환으로 이해하면 사전보상의 원칙(토지보상법 제62조)에 의해 해결되어, 명도의무와 보상금지급 의무가 동시이행의 관계에 있는지 등은 더 이상 문제되지 않을 것이다.

제 6 장 결론

세입자보상의 법적 성격을 논하기 위해 전통적인 손실보상 체계와 생활권보상의 개념을 살펴보았다. 세입자보상은 기존의 손실보상 체계로 전보되지 않는 손실을 보상하는 것이기 때문에 생활권보상의 일종으로 이해되었다. 입법된 생활권보상과 보상의 필요성이 큰 생활권보상의 개념 모두 헌법 제23조 제3항의 ‘정당한 보상’에 해당하기 때문에 결국 보상의 필요성이 논의되는 세입자보상은 모두 기존의 손실보상 체계에 편입될 수 있다. 세입자보상을 재산권에 대한 수용과 보상의 일종으로 이해하면 사회적으로 ‘정당한 보상’에 대한 논의가 보다 용이하게 이루어질 수 있으며, 사업시행자 보상 원칙(토지보상법 제61조), 사전보상의 원칙(동법 제62조) 등의 손실보상과 관련된 원칙이 쉽게 준용되어 이를 통해 세입자를 두텁게 보호할 수 있다. 세입자보상의 재산권보상적 성격이 인정된다고 하더라도 보상의 범위가 무분별하게 늘어나는 것은 아니다. ‘정당한 보상’이라고 하여 세입자가 요구하는 보상항목을 모두 인정하는 것이 아니기 때문이다.

주택세입자보상과 관련하여 대법원이나 헌법재판소는 세입자의 주거이전비나 이사비 등을 재산권보상으로 파악하지 않는다. 그러나 경제적으로 취약한 세입자들에게 주거공간의 상실과 소득원천의 상실은 더 이상 별개의 문제가 아니다. 따라서 물리적 공간의 상실과 재산권에 가해지는 침해의 견련관계를 파악하여 재산권보상으로서의 성격이 인정되어야 한다. 임시매장 설치나 권리금 보상 등을 주장하여 망루에 오른 상가세입자들 역시 단순히 시혜적인 보상을 요구한 것이 아니라 영업활동이 이루어지는 장소와 견련성이 높은 보상을 요구한 것이며, 이는 세입자들이 주장한 보상의 재산권보상적 성격을 잘 보여주는 국면이다.

재산권수용에 대한 ‘정당한 보상’ 논의는 권리금과 같은 새로운 보상항목을 인정할지의 여부를 결정하는 문제에 관한 것일 수도 있고, 이미

토지보상법이나 도시정비법 등의 공법의 영역에서 인정된 보상항목들에 대한 지급요건, 산정시기, 지급시기 등을 조정하는 문제에 관한 것일 수도 있다.

전자의 경우 세입자에 대한 재산권 제한이 공용수용의 정도에 이르러야 헌법 제23조 제3항의 보상으로 인정될 수 있다. 권리금보상의 경우 이에 해당한다고 할 것이지만, 권리금이 사적인 영역에서 수수된다는 점에서 수수된 액수를 모두 정당한 보상으로 인정할 수는 없다. 권리금을 공법적 영역으로 편입하기 위하여 상임법상 권리금의 법제화 등을 참고하여 적절한 보상금 산정의 기술이 마련되어야 할 것이다.

정비사업에서 주거이전비를 받을 수 있는 세입자를 판단하는 시기나 영업손실보상의 대상이 되는 ‘영업’을 결정하는 기준 등의 문제가 후자에 해당한다. 세입자에 대한 많은 보상항목들은 그 당시에 발생한 사회적 문제나 세입자의 저항을 고려하여 불규칙적으로 생겨났으므로, 각 법률 간의 관계가 긴밀하지 않아, 지급요건 등에 대해 해석론적 문제가 발생한다. 보상을 받으려는 목적으로 제도를 악용하는 세입자의 발생을 방지해야 한다는 공익과, 주거활동 및 경제활동의 공간을 상실한 세입자의 재산권보상에 대한 정당한 기대 사이에서 균형을 이루는 논의가 이루어져야 한다.

이러한 보상에 대한 논의가 이와 같이 공법적 영역에서 규율되지 않고 민사적 영역에서 규율되면 소유자와 세입자 간의 사적인 관계만이 부각되어 사업시행자와 세입자 간의 보상관계가 잘 보이지 않게 된다. 따라서 보상은 기본적으로 사업시행자가 하는 것이라는 대전제 하에 공적 주체인 사업시행자와 수용 및 보상의 대상인 세입자 간의 공법적 관계에 대한 규율이 필요하다.

세입자보상이 논의되는 국면은 주로 재개발사업, 재건축사업 등의 정

비사업이다. 사업시행자는 관리처분계획의 인가고시를 기준으로 사용수익 정지조항을 통해 세입자들에게 대지 및 건물의 명도청구를 한다. 명도청구의 단순인용판결이 나오는 경우 세입자가 보상을 받을 확률은 극히 드물기 때문에, 본 소송에서 세입자가 보상이 완료되지 않았다는 항변으로 대항할 수 있는지 문제된다. 이를 규정한 도시정비법 제49조 제6항 단서는 ‘손실보상이 완료되지 않은 권리자’의 경우 명도청구에 응하지 않아도 될 가능성을 열어주었다. 그러나 세입자에 대한 수용 근거가 마련되지 않은 상황에서 세입자를 ‘손실보상이 완료되지 않은 권리자’로 볼 수 있는지 불분명하다. 실제로, 조합원의 재산이 수용되는 경우인 재개발사업의 반대조합원 세입자 등은 간접적으로 조합원의 재산 수용에 대한 보상에서 자신의 몫을 가져올 수밖에 없다. 그 외에 재개발사업의 찬성 조합원이나 재건축사업의 조합원과 같은 경우에는 소유자에 대한 수용이 일어나지 않아 그들의 세입자가 보상을 받을 길이 없어지게 된다.

세입자가 사용수익권을 박탈당한다는 점에 초점을 맞추어 세입자에 대한 별도의 수용의 근거를 마련해야 한다. 재산권에 대한 공용침해임이 명백히 드러나야 ‘정당한 보상’에 대한 논의가 가능하기 때문이다. 현재 존재하는 명도청구도 실질적으로 수용에 준하는 역할을 한다는 점에서 수용소송에 해당한다. 세입자에 대한 수용 조문을 바로 마련하기 어렵다면, 적어도 현재 민사소송으로 제기되고 있는 조합의 세입자에 대한 명도청구소송은 공법상 당사자소송에 의해 수행되어야 한다.

공익사업으로 인해 발생하는 개발이익은 우리 사회의 모든 구성원이 조금씩 누리고 있다. 그 과정에서 발생하는 사인에 대한 재산권 침해와 보상의 문제 또한 공적 영역의 부담으로 하여야 한다. 수용과 보상의 문제를 여전히 사인 간의 민사적 계약에서 발생하는 급부에 머물러 있는 것으로 파악하여서는 공적인 영역의 문제들을 해결할 수 없다.

참 고 문 헌

[단행본]

- 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2016.
- 김은유·임승택, 『실무토지보상』, 도서출판 채움, 2014.
- 김종보, 『건설법의 이해』, 도서출판 피데스, 2013.
- 김종보·전연규, 『새로운 재건축·재개발이야기 I-상권』, 사단법인 한국 도시개발연구포럼, 2010.
- 박균성, 『행정법론(上)』, 박영사, 2016.
- 박평준, 『공익사업용지취득보상법』, 고시연구사, 2004.
- 박평준·박창석, 『보상행정법』, 도서출판 리북스, 2012.
- 양창수·김형석, 『민법Ⅲ - 권리의 보전과 담보』, 박영사, 2012.
- 이우재, 『도시 및 주거환경정비법(上)』, 진원사, 2009.
- 정진용, 『알기쉬운 공익사업과 토지보상』, 부연사, 2011.
- 차태환, 『토지보상법론』, 부연사, 2010.
- 홍정선, 『행정법특강』, 박영사, 2014.

[논문]

- 경재웅, 「생활권보상의 법적 성질과 보상내용에 관한 연구 - 이주대책 및 사업손실보상을 중심으로-」, 『집합건물법학』 제8권, 2011.
- 김남진, 「재산권의 가치보장과 존속보장」, 『월간고시』, 1989.
- 김성수, 「행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재조명」, 고시계 통권 제473호, 1996.
- 김연태, 「공용수용의 요건으로서의 공공필요」, 『고려법학』, 제48호, 2007.
- 김종보, 「강학상 인가와 정비조합 설립인가」, 『행정법연구』 제9호, 2003.
- _____, 「계획제한과 손실보상 논의의 재검토」, 『부동산법학』 제5권 제5호, 1999.
- _____, 「막다른 도로와 손실보상」, 『현대공법학의 과제』, 청담최송화교수 화갑기념논문집, 2002.
- _____, 「재개발사업의 철거와 세입자보상」, 『행정법연구』 제23호, 2009.
- _____, 「택지개발사업과 환매권의 헌법문제」, 『행정법연구』 제17호, 2007.
- _____, 「토지확정리사업법상 환지처분의 실질」, 『행정법연구』 제4호, 1999.
- 김현룡, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제78조 제5항, 같은 법 시행규칙 제54조 제2항, 제55조 제2항에 의한 “세입자의 주거이전비 및 이사비 지급청구권”의 발생요건」, 『대법원판례해설』 61호, 법원도서관, 2006.
- 노한장, 「상가권리금 법제화에 따른 도시정비사업상 권리금 보상의 재검토」, 『토지공법연구』 제72집, 2015.
- 류지태, 「생활권보상 논의의 비판적 검토」, 『부동산연구』 제15권 제2호, 2005,
- 류해웅, 「생활권보상의 법리와 제도에 관한 고찰」, 『부동산연구』

- 제15권 제1호, 2005.
- 배명호, 「공법상 제한을 받는 토지에 대한 손실보상」, 『토지공법연구』 Vol. 79, 2017.
- 배진호, 「재개발·재건축사업에서 세입자의 지위와 보호방안」, 『민사법연구』 제20집, 2012.
- 성중탁, 「재개발, 재건축사업 과정에서의 세입자 보상실무 개선방안」, 『법학논집』 Vol. 18(3), 2014.
- 송명호, 「관리처분계획의 인가고시가 정비구역 내 권리자들의 사용·수익권에 미치는 영향에 관한 연구」, 『인권과 정의』 No. 397, 2009.
- 오준근, 「주택재개발사업에 있어 세입자의 법적 지위」, 『법과 사회』 14권 0호, 1997.
- 이부하, 「재산권의 존속보장과 재산권에 관한 법이론 - 경계이론과 분리이론의 비교고찰을 중심으로」, 『공법학연구』 제9권 제3호, 2008.
- 정기상, 「영업손실보상의 대상인 영업의 개념과 범위」, 『사법』 24호, 2013.
- 전병준, 「주택재개발·재건축에 있어서 세입자의 생활보상에 관한 연구」, 『법학논총』 제24권 제1호, 2011.
- 정동진, 「재개발조합, 재건축조합의 도시정비법 제49조 제6항에 따른 부동산 인도청구의 제 문제」, 『판례연구』 27집, 2016.
- 정연주, 「토지재산권의 범위와 공용침해」, 『토지공법연구』 제43집 제1호, 2009.
- 최병률, 「건축물 소유자가 재개발사업에 찬성한 경우 상가세입자에 대한 영업손실보상 및 소유자에 대한 주거이전비 지급 여부에 관하여」, 『대법원판례해설』 제89호, 법원도서관, 2012.
- 허장무, 「상가권리금 보상의 법제화 방안」, 『토지공법연구』 제77집, 2017.
- _____, 「재개발사업 권리금보상의 공법적 검토」, 『토지공법연구』 제46집, 2009.
- 홍강훈, 「분리이론·경계이론을 통한 헌법 제23조 재산권조항의 새로운

구조적 해석」, 『공법연구』 제42집 제1호, 2013.

_____, 「헌법 제37조 제2항의 “공공복리”와 제23조 제3항의 “공공필요”의 관계에 관한 연구 — 헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172등 결정에 대한 평석 —」, 『공법연구』 Vol.45 No.1, 2016.

[기타 참고자료]

한국감정원,

http://www.kab.co.kr/kab/home/business/housing_trans_expens01.jsp
, (최근접속일자 : 2017. 7. 6)

국민권익위원회 2014. 2. 3. 주택건축민원과 보도자료,

http://edu.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetail&menuId=050508&method=searchDetailViewInc&boardNum=36213&currPageNo=92&confId=4&conConfId=4&conTabId=0&conSearchCol=BOARD_TITLE&conSearchSort=A.BOARD_REG_DATE+DESC%2C+BOARD_NUM+DESC (최근접속일자 : 2017. 2. 23.)

한국감정원, “상업용 부동산 임대동향조사”, 2017. 4. 28.,

<http://www.r-one.co.kr/rone/resis/statistics/statisticsViewer.do#>
(최근접속일자 : 2017. 7. 6.)

Abstract

A Study on the ‘Compensation for Tenants’ in Administrative Law

Moon Jeyoon

College of Law

The Graduate School

Seoul National University

Due to the implementation of public works, not only the real estate owners but also the tenants of buildings in public works areas lose their living and business places. However, compensation for those tenants is not always guaranteed in laws and regulations, which causes serious social problems in terms of protecting tenant's rights and making progress in public works projects. To cope with these problems, it is noteworthy that both legislated provisions of livelihood compensation and the compensation not yet legislated, but desperately needed by tenants are legally grounded in Article 23(3) of The Constitution which states that just compensation shall be paid when the expropriation, use, or restriction of private property is done by the implementer of the public works. The issue of compensation for tenants should thus be understood in terms of compensation for property losses, and the principles of the compensation for property losses should be applied in compensation for tenants as well.

The representative compensation for housing tenants in 「Act on Acquisition and Compensation for Land, etc. for Public Works Project」 is compensation equivalent to expenses incurred in moving residence and transporting movables, while the typical relocation measures for owners are not granted as compensation for tenants. Particularly with regard to the rearrangement projects, the requirements, as well as the time of calculation and payment for the reimbursement of relocation expenses are ambiguous in judicial precedents and statutes. The compensation for commercial building tenants is far less than that for housing tenants, as 「The Act on Acquisition and Compensation for Land, etc. for Public Works Project」 only provides the compensation for business loss. It is the reason why the inclusion of the foregift that has incurred a number of social issues to the compensation for commercial building tenants is constantly debated. The public infringement on the rights of tenants to retrieve their foregift should be justly compensated. Nonetheless, the just compensation for foregift does not implicate that all of the amounts paid shall be compensated. Meanwhile, there was the amendment on 「Commercial Building Lease Protection Act」 to solve the foregift issues. However, this measure inevitably has limitations since the issue of expropriation and compensation should be dealt with in the area of public law, not that of private law.

A major obstacle of tenants compensation practices is that there is no such provision that enables the implementers to expropriate the property rights of tenants. One can easily find this problem especially in rearrangement projects. In many cases the implementers of rearrangement projects initiate dispossess

proceedings by using the provision in 「Act on the Maintenance and Improvement of Urban Areas and Dwelling Conditions for Residents」 that deprives tenants of rights of using. Although there is also a provision that stipulates that the implementers can evict the tenants only when the full compensation for property rights is granted, it is ambiguous whether the compensation should be granted to tenants whose leaseholders have consented to the redevelopment project or are the members of the reconstruction association. To settle this problem it is necessary to understand the compensation for tenants as the compensation for property rights, and arrange the legal grounds of expropriation of tenants. Considering the public nature of the proceedings claiming for the tenants compensation or dispossession proceedings, those lawsuits should be filed in the process of administrative litigation.

**keywords : compensation for tenants, property rights,
compensation for property losses, livelihood compensation, Act on
Acquisition of and Compensation for Land, etc. for Public Works
Projects, Act on the Maintenance and Improvement of Urban
Areas and Dwelling Conditions for Residents**
Student Number : 2015-25642